



**HAL**  
open science

## La pandémie saisie par l'article 79 CVIM

Ali-Slah Chebbi

► **To cite this version:**

Ali-Slah Chebbi. La pandémie saisie par l'article 79 CVIM. Revue de la jurisprudence et de la législation, 2021, Vol. 59 (6), pp.83. hal-04559326

**HAL Id: hal-04559326**

**<https://hal.science/hal-04559326>**

Submitted on 25 Apr 2024

**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 pandémie saisie par l'article 79 CVIM.

**M. Ali Slah CHEBBI**

Maitre-assistant de  
l'enseignement  
supérieur

Membre de L.E.R.I.C  
Université de Sfax

### **Introduction :**

1- Depuis près de deux ans maintenant, le monde vit au rythme d'une crise sanitaire inédite. Qualifiée par l'Organisation mondiale de la santé comme étant une pandémie<sup>1</sup>, elle occupe désormais le haut des pavés. Le nombre de mort ne cesse de s'accroître et les mutations du virus sont de plus en plus nombreuses. De mémoire de juriste, c'est pour la première fois dans l'histoire contemporaine de l'humanité que tous les États se trouvent en même moment face à un défi de cette nature, ce qui explique pour beaucoup la cacophonie des politiques et le tâtonnement des scientifiques. La pandémie qui a été appréhendée au départ comme une grippe sévère, serait en réalité un nouveau virus, connu actuellement sous l'acronyme de Covid-19.

2- L'avènement de la pandémie a bouleversé le paysage socio-économique. Elle a plongé plusieurs opérateurs économiques dans le désarroi. De nombreuses entreprises se voient confrontés dans l'exécution de leurs contrats à des difficultés. Conjugée à l'inadéquation des infrastructures sanitaires, cette crise de corona virus va nécessairement se traduire par de violation manifeste des engagements pris. Les praticiens du commerce ont toujours été aux prises avec l'instabilité et la très grande diversité des systèmes juridiques, politiques et économique des États. Pour gérer l'imprévu, les outils du droit sont légion. La situation imposait de s'affranchir des règles considérées jusqu'à lors intangibles<sup>2</sup>. Avec d'ingénieux système de clauses, les professionnels peuvent atténuer les incidences des crises éventuelles, permettant aux protagonistes de respecter la sacro-sainte règle *pacta sunt servanda*. Mais, cette pandémie est d'une ampleur telle que tous les mécanismes traditionnels sont avérés inappropriés. En dépit de l'important effort accompli par les pouvoirs publics et l'adoption en temps record d'une sorte de *lex epidemia*<sup>3</sup>, les mesures prises par les différents pays pour limiter l'impact de la crise sanitaire ont montré leurs limites. Elles sont insuffisantes pour

---

<sup>1</sup> Le 30 janvier 2020, l'OMS a qualifié le Covid-19 d'urgence de santé publique de portée internationale, à savoir un événement extraordinaire. Puis, le 11 mars 2020, elle le qualifie de pandémie.

<sup>2</sup> Néji BACCOUCHE, « Le Covid—19 : l'économie, la société ou la difficile résilience », *Études juridiques*, 2019-2020, n°25, page 8.

<sup>3</sup> Mostapha MEKKI, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », *Dalloz, AJ.Contract*, avril 2020, page 164.

lutter contre un désastre économique et social inéluctables. Dans ce contexte mouvant, la pérennité des engagements contractuels sont mises à rude épreuve.

3- Par essence, la vente est le contrat qui a su traverser les frontières<sup>1</sup>. Au nombre des transactions multiples dont l'ensemble constitue ce qu'on a appelé le commerce, il n'est pas de plus usuel que la vente. Acheter pour revendre, telles sont les deux opérations essentielles qui constituent le négoce, à tel point que le commerçant a pu être défini comme étant « *celui qui, dans une pensée de spéculation se livre à une série d'achat et de revente successive* ». <sup>2</sup>De façon incontestable donc, « *la vente est le pilier de nos économies modernes de production, distribution et consommation* »<sup>3</sup>. Il s'agit de l'opération la plus spectaculairement soumise au droit matériel international. La vente, instrument d'échange de premier plan serait naturellement objet principal d'uniformisation.<sup>4</sup> Le fond juridique commun à tous les contrats de vente internationale de marchandises est issu de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises<sup>5</sup>. Son succès impose de l'admettre comme un point de départ évident et naturel de toute réflexion sur la question.<sup>6</sup>

4- Contrat synallagmatique par excellence, la vente internationale à l'instar de sa jumelle en droit interne crée à l'encontre des parties des obligations réciproques. Le principe qui gouverne tout rapport juridique est posé sous une formule célèbre : « *les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuelle ou dans les cas prévus par la loi* »<sup>7</sup>. La règle impose ainsi aux contractants d'honorer leurs obligations. Or, dans le cadre d'un échange international, les aléas du transport,<sup>8</sup> les catastrophes naturelles ou encore le fait du

---

<sup>1</sup> Mathias CARBO, « Le droit positif de la vente internationale », *LPA*. 11 février 1999, n°30, page 4.

<sup>2</sup> Emile RIPERT, *Essai sur la vente commerciale*, Maresq Ainé, Paris 1875, page 6.

<sup>3</sup> Daniel MAINGUY, *Les contrats spéciaux*, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris 2002, page 24.

<sup>4</sup> Éric LOQUIN « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *RIDE*. 2010, T. XXIV, n°1, page 81.

<sup>5</sup> La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises est conclue à Vienne, le 11 avril 1980. Elle est connue sous l'acronyme « CVIM ». Elle sera mentionnée dans ce travail sous l'expression « la Convention ».

<sup>6</sup> À l'instar de plusieurs auteurs, nous partons donc dans notre démarche par ce texte de référence. Vincent HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit Uniforme*, LGDJ. Paris, 2000, page 74, n° 77 : « *il apparait que la Convention de Vienne présente un intérêt capital en tant qu'elle est incontestablement devenue le principal instrument de la réglementation des ventes internationales de marchandises. C'est la raison pour laquelle ses dispositions fourniront l'objet essentiel de la suite des développements de cet ouvrage* » ; Peter SCHLECHTREIM, Claude WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, Paris 2008, page 1, n°1 ; Bernard AUDIT, *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, Paris 1990, page 4, n° 1 ; Franco FERRARI, « Quelles sources de droit pour les contrats de vente internationale de marchandises ? Des raisons pour lesquelles il faut aller au-delà de la CVIM ? », *RDAL*.2006, n°3, page 403.

<sup>7</sup> Article 242 COC.

<sup>8</sup> Aurore BOUCHER, *L'aléa dans le droit des contrats*, mémoire Mastère II. Droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, page 6.

prince peuvent rendre l'exécution contractuelle déraisonnable voire impossible.<sup>1</sup> Cette impossibilité peut justifier l'inexécution d'un contrat valablement conclu<sup>2</sup>.

5- Dans les contrats de vente, compte tenu de l'interdépendance des obligations, lorsque l'une des parties empêchées d'exécuter son obligation est libérée, l'autre partie est dispensée à son tour de son engagement et par voie de conséquence son obligation s'éteint<sup>3</sup>. Il est logique que le droit uniforme de la vente protège le débiteur dont l'inexécution est fortuite contre une application excessive de ses obligations<sup>4</sup>. En effet, aux termes de l'article 79 alinéa 1<sup>er</sup> CVIM : « *une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences* »<sup>5</sup>. L'article en question est une disposition-fléuve, longue et complexe<sup>6</sup>. Il est impossible de l'analyser en suivant la séquence des paragraphes, car ils renvoient à des questions d'importance inégale. Une approche plus gratifiante peut être effectuée en suivant un cheminement différent.<sup>7</sup> L'accent sera mis sur son paragraphe 1<sup>er</sup> qui fixe de manière suffisamment précise les critères de qualification de l'empêchement. À

---

<sup>1</sup> Fatma BEN AMEUR, *L'impossibilité d'exécution de l'obligation*, Mémoire Mastère droit privé. FDS. 2013-2014, page 8 : « *le fait de prince st considéré comme un variété d la force majeure relevant de la même catégorie juridique, et produit les mêmes effets. Il désigne tout ordre ou prohibition émanant d'une autorité législative ou administrative et rendant l'exécution d'un contrat impossible* ».

<sup>2</sup> Art.348 COC : « *lorsque l'inexécution de l'obligation provient d'une cause indépendant de la volonté des deux contractants et sans que le débiteur soit en demeure, le débiteur est libéré, mais il n'a plus le droit de demander la prestation qui serait due par l'autre partie. Si l'autre partie a déjà rempli son obligation, elle a le droit, selon les cas d'en répéter la totalité ou une partie comme indue* ».

<sup>3</sup> Fatma BEN AMEUR, *L'impossibilité d'exécution de l'obligation*, Mémoire Mastère en droit privé, FDS. 2013-2014, page 14.

<sup>4</sup> Ex. art. 294 Acte Uniforme OHADA Droit commercial général : « *une partie n'est pas responsable d l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure* » ; art. 9 : 107 Principes du droit européen des contrats : « *sous réserve des dispositions de l'article 9 :101.2 est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que cette inexécution est empêché par un événement échappant à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il n prévienne ou surmonte les conséquences* ».

<sup>5</sup> À titre comp. Art.74 LUVI : « *lorsqu'une partie n'a pas exécuté une de ces obligations, elle n'est pas responsable de cette inexécution si elle prouve que celle-ci est due à des circonstances que, d'après les intentions des parties lors de la conclusion du contrat, elle n'était tenue ni de prendre en considération, ni d'éviter ou de surmonter, à défaut d'intention des parties, il faut rechercher les intentions qu'ont normalement des personnes raisonnables de même qualité placées dans une situation identique* ».

<sup>6</sup> Harry FLECHTNER, « The exemption provisions of the sales convention including comments on hardship doctrine and the 19 June 2009 decision of the Belgian cassation court », *Pitt. Law*, 2011, vol. 9, page 1.

<sup>7</sup> Avis n°7 du Comité consultatif de la Convention de Vienne (CVIM), « l'exonération de responsabilité pour dommages-intérêts en vertu de l'art. 79 CVIM ». Rapporteur, Alejandro GARRO, Colombia, New York, 12, octobre 2007.

travers ces standards on pourra approcher la pandémie, la qualifier et déterminer enfin son régime juridique.

6- S'agissant d'une exception à l'effet obligatoire du contrat, l'empêchement est soumis à certaines exigences. Les auteurs de la Convention ont sciemment subordonné l'effet exonératoire à la condition que la partie en défaut établisse la preuve que cette inexécution est due à l'apparition d'un événement qui compromet l'exécution du contrat. Le choix du vocabulaire est judicieux. Le terme « empêchement » ne fait partie de la lexicographie juridique traditionnelle. Les droits internes sont accoutumés à utiliser l'expression « *force majeure* »<sup>1</sup> lorsque le respect des engagements pris devient impossible. Ils font appel à la théorie de l'imprévision<sup>2</sup> si un événement rend l'observation des obligations contractuelles difficile ou extrêmement onéreux. Mais, la Convention se démarque du droit national dont elle codifie une grande partie des règles. Elle a pris le soin de ne pas introduire dans le texte des références à une théorie issue d'un système juridique particulier pour éviter que l'interprétation de l'article 79 CVIM ne puisse se faire en prenant comme guide les droits nationaux. Le professionnel, a-t-on dit, doit se garder de lire la Convention avec ses lunettes de juriste national.<sup>3</sup> L'interprétation délivrée sera autonome des références provenant de systèmes juridiques locaux et elle sera construite sur des données transnationales.<sup>4</sup>

7- La Convention ne définit pas l'empêchement. Pourtant, « *clarifier les termes est probablement la tâche la plus ancienne de la méthodologie* »<sup>5</sup>. Définir implique que l'on délimite le champ d'application du mot, un peu à la manière dont le paysan borne son terrain<sup>6</sup>. Il semble que, pour pouvoir uniformiser autant de systèmes, les rédacteurs de la Convention n'ont pas vu utile de fournir une définition uniforme. Si la notion romaniste de la force majeure appartient incontestablement à des droits tels que le droit tunisien<sup>7</sup>, le droit

---

<sup>1</sup> Ex. article 283 COC : « *la force majeure est tout fait que l'homme ne peut prévenir, tel que les phénomènes naturels (inondation, sécheresse, orages, incendies, sauterelles), l'invasion ennemie, le fait du principe et qui rend impossible l'exécution de l'obligation* ».

<sup>2</sup> Ex. art. 1195 C.Civ. : « *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* ».

<sup>3</sup> Franco FERRARI, « La jurisprudence sur la CVIM : un nouveau défi pour les interprètes ? », *RDAI*, 1998, page 495.

<sup>4</sup> Anissa BOUSSOFARA, *Le principe d'interprétation autonome dans la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, thèse Université Côte d'Azur, 2019, page 13.

<sup>4</sup> Paul LAZARFELD, *Philosophie des sciences sociales. Bibliothèque des sciences humaines*, Gallimard. Paris 1970, page 258.

<sup>6</sup> Marielle DE BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, PUAM. Laboratoire de théorie juridique, 1998, page 30.

<sup>7</sup> La section 2 du chapitre III du COC est intitulée : « *de la force majeure et du cas fortuit* ». Elle comprend les articles 282 et 283.

français<sup>1</sup> et le droit belge<sup>2</sup>, le droit allemand<sup>3</sup> et le droit italien<sup>4</sup> préfèrent construire des régimes analogues autour de la notion d'impossibilité d'exécution, non imputable au débiteur. Quant au droit anglais, il diffère radicalement des droits continentaux, puisqu'il ne connaît pas le principe selon lequel l'impossibilité d'exécution libère le débiteur, la théorie de la « *frustration* »<sup>5</sup> tempère cette rigueur, mais elle pose le problème sur un plan différent.<sup>6</sup> La vocation universelle de la Convention a imposé aux rédacteurs du texte une approche différente. Ils se sont contentés d'énumérer les normes requises. L'empêchement englobe ainsi toute espèce d'évènement dès lors qu'il remplit les conditions prévues par le texte. Au sens commun, ils signifient ce qui empêche ou ce qui entrave.<sup>7</sup> Selon Gérard CORNU, il s'agit, « *d'un obstacle de fait ou de droit à l'accomplissement d'une mission* ».<sup>8</sup> En droit des contrats, ils sont souvent évoqués pour justifier l'inexécution d'une obligation.<sup>9</sup> Bref, les empêchements seraient une entrave à l'accomplissement d'une tâche. Peu importe d'ailleurs leurs natures juridiques, ils doivent constituer un obstacle à l'observation des stipulations contractuelles. C'est pour cette raison que la doctrine le qualifie de concept soupape<sup>10</sup>.

8- Plusieurs affaires montrent que l'exemption au titre de l'article 79 CVIM exige la satisfaction de quelque chose qui ressemble à une norme d'impossibilité<sup>11</sup>. Mais, un changement de circonstances qu'on ne pouvait pas raisonnablement escompter et rendant l'exécution excessivement onéreuse peut être qualifié aussi d'empêchement.<sup>12</sup> Le respect des obligations serait qualifié de la sorte lorsqu'il porte une atteinte substantielle à l'équilibre

---

<sup>1</sup> Art.1218 C.Civ. : « *Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un évènement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* » ;

<sup>2</sup> Henri DEPAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, principes, doctrine, jurisprudence : les obligations. (Seconde partie)*, Bruylant, Bruxelles 1933, page 103 et suiv.

<sup>3</sup> Joseph ESSER, *Schuldrecht. Allgemeiner und besonderer Teil. (Le droit des obligations. Partie générale et partie spéciale)*, 2<sup>ème</sup> édition, Karlsruhe, Verlag, Muller, 1960, page 1, n°3 ; Jean-Louis DELVOLVE, « L'imprévision dans les contrats internationaux », *TCFDIP*. 1988-1990, page 147, spéc., page 155.

<sup>4</sup> Anne-Manuell GAILLET, Nicola LATTANZI, « Coronavirus : quel impact sur les contrats en cours en droit italien », *International Association of Lawyers*, 13 juillet 2020. (Accessible sur le net. [www.uianet.org](http://www.uianet.org))

<sup>5</sup> Henry LESGUILLONS, « Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäfts-grundlage », *DPCI*. 1979, page 509, n°22.

<sup>6</sup> Marcel FONTAINE, « Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », *DPCI*. 1979, page 469 ; Pierre MOISAN, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *Les cahiers de droit*, 1994, Vol. 35, n°2, page 281, spéc., page 293.

<sup>7</sup> Petit Larousse illustré, Édition 1994, page 363.

<sup>8</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7<sup>ème</sup> édition, PUF, Paris, 1987, page 346.

<sup>9</sup> Lexique des termes juridiques, 22<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris 2014, page 412.

<sup>10</sup> Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris 1996, page 843, n°1482.

<sup>11</sup> Sentence CIETAC, 7 mai 1997, aff., n°1997/11, *NJC*. 2005, n°2 ; Rechtbank van Koophandel Hasselt, Belgique 2 mai 1995, aff., n° AR 1849/94, *Clout* n° 371.

<sup>12</sup> Avis n°7 du comité consultatif de la Convention de Vienne.

contractuel<sup>1</sup>. Cette compréhension permet d'affirmer que l'empêchement au sens de la Convention dispose d'un domaine largement plus étendu que celui attribué à la force majeure<sup>2</sup>. À l'instar de la conformité qui a permis de fusionner l'action édilicienne et l'action en garantie d'éviction<sup>3</sup>, l'empêchement au sens de l'article 79 CVIM permet aussi de mettre les cas de force majeure et d'imprévision sous une seule bannière. Cette approche poursuit une double visée. D'un côté, elle permet de simplifier les démarches aux praticiens en évitant les divergences doctrinales. D'un autre côté, elle favorise l'adhésion d'un maximum d'États, gage de succès.

9- Face à cette pandémie, les qualifications juridiques foisonnent<sup>4</sup> et les interprétations prolifèrent, sans pour autant apporter le salut escompté<sup>5</sup>. La divergence des positions jurisprudentielles montre la difficulté de la démarche. Certaines juridictions ont assimilé la pandémie au cas de force majeure.<sup>6</sup> Faisant partie depuis longtemps de l'arsenal juridique, le concept est réservé aux empêchements qui présentent un certain caractère d'exception en raison de leur rareté et de leur impact sur le monde des affaires. D'autres, en revanche ont refusé de suivre cette compréhension.<sup>7</sup> Pour qu'il y ait empêchement 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 un empêchement, 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 un empêchement qu'elle prouve qu'elle a pris toutes les mesures nécessaires pour exécuter ses obligations avant de demander exonération. Ils

---

<sup>1</sup> Ingeborg SCHWENZER, « Force majeure and hardship in international sales contracts », *VUWLR*. 2008, n°39, page 709, spéc., page 715.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> Belge, 19 juin 2009, Pourvoi n°C.07.0289.N, *PAS*. 2009, Livre 6-8, page 1590 ; *RDC*. 2009, page 734. La Cour interprète de manière extrêmement large l'article 79 CVIM, en estimant qu'un bouleversement contractuel peut être constitutif d'empêchement au sens de cette disposition.

<sup>3</sup> Georges RIPERT, René ROBLOT, Philippe DELEBECQUE, Michel GERMAIN, *Traité de droit commercial*, T.II, 17<sup>ème</sup> édition, LGDJ, Paris 2004, page 625.

<sup>4</sup> Mohamed GUERMAZI, Covid-19 et droit de la concurrence : quelles adaptations ? *Études juridiques* 2019-2020, n°25, page 185.

<sup>5</sup> Le ministre français de l'économie et des finances a déclaré que le Covid-19 sera considéré comme un cas de force majeure et en conséquence, que « pour tous les marchés publics de l'État, si jamais il y a un retard de livraison de la part des PME ou des entreprises, l'État n'appliquera pas de pénalités ». Bruno LE MAIRE, « Coronavirus et monde du travail : réunion avec les partenaires sociaux », Paris 28 février 2020.

<sup>6</sup> Colmar, 6<sup>ème</sup> Ch. 16 mars 2020, RG., n° 20-01142, *Inédit* ; Colmar, 6<sup>ème</sup> Ch. 16 mars 2020, RG., n° 20-01143, *Inédit* ; Colmar, 6<sup>ème</sup> Ch. 16 mars 2020, RG., n°20-01206, *Inédit*. ; Douai, 4 mars 2020, RG n° 20/00395, *Inédit* ; Douai, 5 mars 2020, RG n° 20/00400 et 20/00401, *Inédit*.

<sup>7</sup> Paris, 25 septembre 1998, RG n° 96/08159, *Inédit*. La Cour a refusé de qualifier de force majeure une épidémie de peste sévissant dans une région voisine d'une escale.

exigent systématiquement la preuve que l'obstacle ne pouvait être évité et que des options alternatives ont été envisagées mais ne pouvaient pas être réalisées.

**10-** La pandémie offre donc au juriste un terrain de réflexion à la fois idéal et diabolique. Un terreau idyllique parce que les critères de qualification de l'empêchement sont expressément prévus dans les dispositions de l'article 79 CVIM. Les juges et les praticiens auront une idée suffisamment précise de la circonstance invoquée. Il suffit alors d'appliquer les critères retenus sur le cas d'espèce pour déterminer s'il s'agit d'un évènement exonératoire ou pas. Un champ diabolique, car les termes utilisés sont à contours variables. Dans le cadre d'un échange international, l'appréciation de la prévisibilité ou de l'irrésistibilité est tributaire de plusieurs paramètres. Or, dans un contexte de crise sanitaire majeure, l'uniformité de l'interprétation doit être de rigueur, car les droits des contractants peuvent en pâtir. La différence des interprétations peut être un point névralgique de contentieux.<sup>1</sup>

**11-** Si la maladie d'un contractant<sup>2</sup> ou la défaillance d'un fournisseur<sup>3</sup> ne sont pas toujours admis comme des empêchements, nombreux sont les faits du prince susceptibles de requérir cette qualification. Pendant longtemps et de manière constante, la jurisprudence a exclu les épidémies du domaine des faits exonératoires. En la matière, les juges ont tendance à considérer que la seule existence d'une épidémie ne suffit pas à elle seule à constituer un empêchement. Ainsi pour que la pandémie de Covid-19 permette d'exonérer le vendeur de toute forme de responsabilité, cette dernière doit nécessairement être un évènement extérieur, imprévisible et irrésistible, indépendant de la volonté des parties.

**12-** Durant cette pandémie, tous les pays ont connu des périodes de confinement plus ou moins longues, suite à des ordres de fermeture ou à des restrictions d'activité<sup>4</sup>. La protection de la vie humaine érigée en impératif absolu a réduit la vie des gens à l'assouvissement des besoins essentiels.<sup>5</sup> La pandémie a accéléré la paupérisation de toute une partie de la population déjà fragilisée<sup>6</sup>. Son impact sur les finances des professionnels et le budget des

---

<sup>1</sup> Claude WITZ, « Le défi de l'interprétation uniforme », *Dalloz, A.J. Contrat*, Décembre 2020, page 508, n°1

<sup>2</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 septembre 2019, Pourvoi n° 18-18.921, *Inédit* ; Mostafa Fahim NIA, *La livraison et la conformité dans la vente internationale. Étude comparative de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 et du droit français des ventes internes*, thèse Université de Paris I, PAF, 2012, page 362, n° 309.

<sup>3</sup> BGH, Allemagne, 24 mars 1999, *Dalloz*, somm., comm., page 435, obs. Claude WITZ.

<sup>4</sup> Ex. Décret-loi du chef du Gouvernement n° 2020-9 du 17 avril 2020 relatif à la répression de la violation du couvre-feu, de la limitation de circulation, du confinement total et des mesures prises à l'égard des personnes atteintes ou suspectées d'être atteintes par le Coronavirus « Covid-19 », *JORT*, n° 33, du 18 avril 2020, page 798 ; Décret n°2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19, *JORF*, n° 0066, du 17 mars 2020, texte n° 2.

<sup>5</sup> Dominique RITLENG, « L'union européenne et la pandémie de Covid-19, de la vertu des crises », *RTD. Eur.* Juillet-septembre 2020, page 483.

<sup>6</sup> Florent GUÉGUN, « L'impact du Covid et de la crise sociale sur les personnes à la rue, hébergées, mal logées ou vivant dans des habitats précaires », *RDSS*, Mars-avril 2021, page 214, spéc., page 218.

ménages est perceptible. Seule pourrait susciter discussion la valeur à donner aux certificats de force majeure émis par la Chine<sup>1</sup> et la Russie<sup>2</sup> lorsque la Convention est applicable. À défaut de pouvoir constituer un fait du prince par eux-mêmes, ils sont autant d'indices d'un empêchement dont le juge pourra tenir compte.<sup>3</sup> La législation mais encore la pratique des juristes s'apprécie à l'aune d'un seul critère, l'efficacité. Selon ce qu'avait prédit Raymond SALEILLES, la pensée des juristes ne doit plus être une science du dedans, où l'emportent les déductions logiques sans réelle appréciation de leurs effets concrets, mais devenir une science du dehors, attentive tout à la fois aux faits et aux sciences sociales. Pour qu'il soit jugé de son efficacité, le droit se place sous le regard de la sociologie et de l'économie politique.<sup>4</sup> Aujourd'hui, l'efficacité des mesures prises l'emporte sur toute autre considération dont les libertés<sup>5</sup>. Cette crise de coronavirus doit normalement nous réapprendre à mettre l'homme au cœur de la réflexion.

**13-** La pandémie de Covid-19 est-elle alors un empêchement au sens de l'article 79 CVIM ? L'épicentre de la réflexion gravite autour de l'incidence de la pandémie sur l'exécution des obligations contractuelles. Les crises sont souvent des catalyseurs de l'innovation. Mais, en droit des contrats innover rime avec danger. La méthodologie juridique appelle à des remaniements moins substantiels. Le juriste n'est pas un faiseur de miracle. Il est juste un observateur aguerri des faits. Avec son regard aiguisé, il appréhende les événements en utilisant les outils juridiques adéquats. Ainsi, pour pouvoir apporter les réponses nécessaires, il serait opportun de faire appel aux dispositions de la Convention dans son ensemble, qui nous permettent de fixer de manière suffisamment précise les critères de l'empêchement. Reconnu comme étant une sorte de planche de salut, la mise en œuvre de ses effets exonérateurs connaît quelques atténuations. Certes la pandémie répond dans certaines mesures au critère de l'extériorité, puisqu'il s'agit d'un phénomène qui pourrait être hors de la sphère de contrôle des parties, (**1<sup>ère</sup> partie**), mais les critères d'imprévisible ou d'irrésistible ne sont pas systématiquement présents. Durant ces vingt dernières années, le monde a connu

---

<sup>1</sup> Sophia TANG, « Coronavirus, force majeure certificate and private international Law », *Conflictolaw.net. View and News in Private International Law*, 1<sup>er</sup> mars 2020.

<sup>2</sup> Ekatarina PANNEBAKKER, « Force majeure, certificates issued by the Russian chamber of commerce and industry », *Conflictolaw.net*, op.cit, 17 avril 2020.

<sup>3</sup> Ludovic PALLIER, « Pour une réinterprétation de la notion d'empêchement de l'exécution », *Dalloz. A.J. Contrat*, Décembre 2020, page 536.

<sup>4</sup> Christophe JAMIN, « Ce que le Covid-19 (la guerre) fait aux juristes », *Dalloz*, 16 avril 2020, n°14, page 761.

<sup>5</sup> Bernard PLAGNET, « Le Covid-19 en France : un ordre juridique chahuté », *Études juridiques*, 2019-2020, op.cit, page 40, n°12.

plusieurs crises sanitaires. Un professionnel raisonnablement averti et consciencieux devrait anticiper de telles catastrophes à réputation<sup>1</sup>. (2<sup>ème</sup> partie)

## Partie I

### La reconnaissance de l'extériorité de la pandémie

**14-** Dans le contexte actuel de pandémie entraînant une batterie de décisions politiques et de mesures sociales en vue d'accompagner les opérateurs économiques victimes de la suspension inopinée de leurs activités, les obligations inhérentes aux parties sont susceptibles de ne pas être honorées. Les dispositions de l'article 79 CVIM fixent une série de conditions qui permettent au débiteur défaillant d'échapper aux recours qui sont offerts à son cocontractant à condition qu'il rapporte la preuve que cette crise constitue un empêchement hors de sa sphère d'influence. La preuve de la survenance d'un événement extraordinaire ne cause pas de problèmes particuliers, (A). Toute la difficulté est autour du critère de l'extériorité qui n'a pas une acceptation uniforme. (B)

#### A. La survenance d'un empêchement

**15-** Nul doute que la pandémie est une crise sanitaire de grande ampleur. Le marasme économique causé est déjà comparé à la crise financière de 1929.<sup>2</sup> L'appréhender en tant qu'empêchement au sens de l'article 79 CVIM, semble *à priori* une tâche facile à réaliser. (1) Bien que des voix s'élèvent parfois, mettant en cause purement et simplement l'existence de ce virus, l'opinion dominante reconnaît volontiers sa virulence et sa dangerosité. La pandémie s'inscrit dans le réel, le tangible et l'immédiat. L'effet exonératoire qui lui est inhérent est cependant tributaire de quelques conditions. (2)

##### 1- Typologie de l'empêchement

**16-** Contrairement au droit interne, l'article 79 CVIM ne fait pas référence aux différentes formes qu'un empêchement peut avoir. Il se contente d'énumérer les critères requis. Or, les situations de fait susceptibles de compromettre la bonne exécution d'un contrat sont multiples. Sous l'angle pratique, il est néanmoins utile de passer en revue quelques cas d'espèce fréquemment rencontrés afin de permettre aux praticiens de visualiser les situations factuelles

---

<sup>1</sup> Damien THIERRY, « La communauté internationale face à l'épidémie liée au virus Ebola : les difficultés à tirer les leçons de l'histoire », *RDSS*. Mai-juin 2015, n°3, page 471.

<sup>2</sup> Kevin MAGNIER-MERRAN, « Observation sur l'impact du Covid-19 en droit bancaire et financier », *Dalloz, AJ. Contrat*, Avril 2020, page 183, n°1 ; Bernard PLAGNET, « Le Covid-19 en France : un ordre juridique chahuté », *op. cit.*, page 48, n°30 : « selon les estimations actuelles, la contraction du PIB devrait être de l'ordre de 11%. C'est un chiffre qui n'a pas de précédent en dehors des périodes de guerre ».

habituellement invoqués et la manière dont elles sont accueillies par la jurisprudence. À cet égard, on peut distinguer entre les phénomènes naturels (a) et le fait du prince. (b)

#### a. Les phénomènes naturels

17- L'homme et la nature, voilà une relation à rebondissement. Autour de la question qui ne peut manquer de s'imposer à l'esprit de tout juriste, émerge l'interrogation centrale relative à l'impact des phénomènes naturels sur les rapports juridiques. Déterminer si ces phénomènes naturels sont des empêchements au sens de l'article 79 CVIM, lorsqu'ils constituent une entrave à l'exécution d'un contrat semble être la clef de voûte de ce mécanisme exonératoire. En effet, il n'est guère contestable que le commerce international soit de nos jours et bien souvent une aventure : vendre, transporter, construire à l'étranger parfois en des pays très lointains, non seulement par la géographie, la nature et le climat, mais encore par les mentalités, les cultures ou la civilisation, peut constituer un saut dans l'inconnu. « *Plus les techniques offertes sont sophistiqués et doivent être d'exécution méticuleuse ; plus les chantiers qu'on lance requiert d'organisation rigoureuse ; plus les matières qu'on transporte ou manipule sont dangereuses et fragiles, plus longue est la durée des travaux qu'on exécute ou des services que l'on prête ; plus les commerçants et industriels qui concourent au parfait accomplissement de leurs tâches contractuelles sont exposés à des risques naturels, sociaux, économique, techniques et humains* ». <sup>1</sup>En face de ces défis, on ne peut sans réflexion condamner à la ruine le débiteur qui pour remplir ses obligations est exposé à y faire face.

18- Depuis toujours, l'homme tente, par différents moyens à apprivoiser la nature, tantôt à tort tantôt à raison. Les techniques utilisées sont multiples. Les procédés mis en œuvre pour apprivoiser les phénomènes aléatoires se sont diversifiées. La palette des instruments utilisés varie avec l'horizon et l'intensité des phénomènes observés. Outre l'aspect technique *stricto sensu*, le droit aussi appréhende la nature et ses conséquences. L'article 283 COC prévoit d'ailleurs, que « *la force majeure est tout fait que l'homme ne peut prévenir, tels que les phénomènes naturels (inondations, sècheresses, orages, incendies, sauterelles...) et qui rend impossible l'exécution de l'obligation* ». La liste n'est certainement pas exhaustive mais elle a le mérite de nous orienter dans notre démarche. Elle nous permet d'affirmer que certains phénomènes naturels sont des cas de force majeure, une fois les conditions requises sont remplies.

19- Indubitablement, le droit civil est maladroit ou impuissant à régler les situations atypiques. Ainsi, la spécificité des affaires commerciales a-t-elle aboutit à un corps de règles

---

<sup>1</sup> Jean-Louis DELVOLLE, « L'imprévision dans les contrats internationaux », *op.cit.*, page 149.

ou d'usages qui sont parfois antinomique aux préceptes traditionnels. D'ailleurs, l'empêchement tel que conçu par la Convention englobe aussi bien le concept de force majeure que celui de l'imprévision. Les phénomènes naturels qui rendent impossible l'exécution d'une obligation sont admis comme étant des faits exonérateurs. L'article 79 alinéa 1<sup>er</sup> CVIM exige pour que l'exonération puisse être accordée, que le manquement en cause soit dû à un empêchement. Il doit s'agir notamment d'un fait indépendant de la volonté de la partie en défaut et pour lequel on ne pouvait raisonnablement attendre qu'elle prenne en considération au moment de la conclusion de la vente.<sup>1</sup> La jurisprudence énonce qu'un empêchement doit être un risque incontrôlable ou un évènement totalement exceptionnel.<sup>2</sup> En d'autres termes, seuls les phénomènes naturels imprévisibles et insurmontables constituent des empêchements.<sup>3</sup> Cette compréhension trouve écho en doctrine<sup>4</sup> et en jurisprudence.<sup>5</sup>

**20-** Si les phénomènes naturels sont unanimement reconnus comme étant un empêchement lorsqu'ils entravent la bonne exécution du contrat en la rendant très onéreuse voir impossible, qu'en est-il des phénomènes cycliques ? Dans un arrêt en date du 31 mai 2021, le Conseil d'État a considéré qu'en dépit de la conjonction de phénomènes de grande intensité qu'elle a provoqués, la tempête Xynthia n'était ni imprévisible ni irrésistible. Il en conclut que malgré « *le caractère exceptionnel de la conjonction des phénomènes de grande intensité ayant caractérisé la tempête Xynthia, celle-ci n'était ni imprévisible en l'état des connaissances scientifiques de l'époque, ni irrésistible compte tenu de l'existence des mesures de protection susceptibles d'être prises pour réduire le risque d'inondation et ses conséquences* »<sup>6</sup>. Le Conseil d'État demeure ainsi fidèle aux positions antérieures qui exigent en toute circonstance

---

<sup>1</sup> Le COC admet l'exonération de responsabilité du débiteur lorsqu'il justifie d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée.

على كحلون، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مصادر الالتزام، التصرفات القانونية، مجمع الأطرش للكتاب، تونس 2009، ص. 86.

<sup>2</sup> Tribunal arbitral Hambourg, Allemagne, 21 mars 1996, *CLOUT* n°166 ; *RSDIDE*.1997, page 142 ; *RIW*. 1996, page 766 ; *NJW*. 1996, page 3229.

<sup>3</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 34611، مؤرخ في 16 مارس 1994، الن. 1994، عدد1، ص. 365: " وحيث أن السبب الممكن اجتنابه أو التظن إليه فلا يمكن ترتيبه تحت مفهوم القوة القاهرة إلا إذا اثبت المدين انه استعمل كل الحزم في درئه وكذلك السبب الحادث من خطأ مستقدم من المدين فانه لا يعتبر قوة القاهرة"

<sup>4</sup> Bruno LOYANT, *Recherches sur la notion de force majeure en droit communautaire et en droit international : contribution à l'étude des faits justificatifs de non-exécution des obligations internationales*, mémoire de DEA. Droit Européen, Université de Rennes 1, 1978, page 104.

<sup>5</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 23 septembre 2004, Pourvoi n° 03-13.160, Bull. 2004, I, page 366, n°432 ; Cour d'appel de Hambourg, Allemagne, 4 juillet 1997, R.G n° 1U 143/95 et 410 O 21/95. Précis Jurisprudence CNUDCI. 2016, page 414, n°18. La Cour a jugé qu'un vendeur de tomates n'était pas exonéré pour non-livraison des produits alors que des pluies violentes avaient endommagé la récolte dans son pays, provoquant une augmentation des cours sur le marché. La récolte n'ayant pas été détruite dans sa totalité, la juridiction a jugé que le vendeur aurait pu s'exécuter quand même et que la réduction de l'offre de tomates et l'augmentation de leur coût étaient des empêchements qu'il pouvait surmonter.

<sup>6</sup> Jean-Marc PASTOR, « La tempête Xynthia n'était pas un cas de force majeure. CE. 31 mai 2021, Req. n°434733 », *Dalloz actualité*, 4 juin 2021.

que le fait exonératoire allégué soit inévitable dans sa survenance et insurmontable dans ses effets.<sup>1</sup>

### **b. Le fait du prince**

**21-** En présence d'un besoin clairement reconnaissable, en l'absence de solutions fermement établies n'existerait-il pas une réponse uniforme à un des défis les plus remarquables que la vie économique et sociale de notre monde d'aujourd'hui, si extravagant et changeant ait posé aux juristes ? Ce défi est celui de l'exceptionnel ou de l'anormal.<sup>2</sup> De nos jours, aucun contrat n'est complètement à l'abri de la survenance de circonstances inattendues et insurmontables susceptibles de bouleverser les prévisions des parties<sup>3</sup>. Les contrats internationaux plus que les autres sont aux prises des phénomènes naturels, des aléas de transport, des changements de circonstances ou des faits du prince.<sup>4</sup> La pandémie constitue certainement et de l'avis de tous un « chambardement » inuit de toutes les économies<sup>5</sup>. Elle a fait table rase des acquis jusqu'à lors inébranlables. Elle a montré que le système en place est une impasse et un nouveau modèle de production et de consommation doit émerger.

**22-** Face à cette crise sanitaire, les mesures étatiques foisonnent. Compte tenu des circonstances particulières imposées par la pandémie, le Chef du gouvernement a annoncé le passage au niveau 2 avec la fermeture de plusieurs établissements<sup>6</sup>. Un pan entier de l'économie est ainsi paralysé. De son côté, le président de la république a déclaré la mise en place d'un confinement sanitaire général<sup>7</sup>. Cette mesure, bien qu'elle soit dans l'absolue louable, elle engendré néanmoins, un ralentissement de l'économie. La limitation de la libre

---

<sup>1</sup> Cass. Ass. Ple. 14 avril 2006, Pourvoi n°02.11.168, Bull.2006, Ass. Ple., page 9, n°5.

<sup>2</sup> Petit Larousse, Édition 2001, page 72 : anormal : « contraire à ou différent de la norme de la règle générale » ; Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, *op.cit*, page 68 : « qui outrepassa la norme ; qui excède la mesure ; excessif outrancier. Ex : trouble anormal de voisinage ; trouble qui excède la mesure des inconvénients qu'il est naturel de supporter entre voisin » ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 16 janvier 2014, Pourvoi, n° 13-10.566, Bull. Civ., 2014, II, n° 13 ; Gaz. Pal, 25 février 2014, n° 56, page 26, notes Frédéric BIBAL. Selon la Cour les préjudices anormaux, sont « des préjudices extrapatrimoniaux atypique, directement liés au handicap permanent qui prend une résonance particulière pour certaines victimes, en raison soit de leur personne, soit des circonstances et de la nature du fait dommageables, notamment de son caractère collectif pouvant exister lors de catastrophe naturelles ou industrielles ou d'attentats » ; Jean-Christophe SAINT-PAU, « Responsabilité civile et anormalité », in *Études à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, Centre des études et de recherches en droit des affaires et des contrats, Université de Montesquieu-Bordeaux IV, 2003, page 249 : « puisque un simple fait causal ne peut engager la responsabilité et seul un fait anormal personnel de soi-même ou d'une personne dont on répond... emporte responsabilité ».

<sup>3</sup> Saroit BADAOUÏ, *Fait du prince dans les contrats administratifs français et en droit égyptien*, thèse Université de Paris 1954, page 84.

<sup>4</sup> Marcel FONTAINE, « Les clauses de hardship. Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme », *DPCI*. 1976, page 7.

<sup>5</sup> Oualid GADHOUM, « Mesures fiscales antivirus », *Études Juridiques*, 2019-2020, *op.cit*, page 117.

<sup>6</sup> « Tunisie-Coronavirus : fermeture des cafés et des restaurants à partir de 16 h et suspension des prières collectives », *kapitalis.com*. 13 mars 2020.

<sup>7</sup> Décret présidentiel n°2020-28 du 22 mars 2020 limitant la circulation des personnes et les rassemblements hors horaires du couvre-feu, *JORT*. 22 mars 2020, n° 24, page 794.

circulation des personnes entrave sensiblement la production, ce qui a plongé l'économie dans sa pire récession<sup>1</sup>. Certes, la pandémie réclame des mesures d'urgence. Mais, la question centrale à laquelle les pouvoirs publics sont confrontés est celle de déterminer comment concilier entre activité économique, gage de prospérité et lutte contre la propagation du virus, condition *sine qua non* pour éviter un désastre humanitaire.

**23-** L'adage dit « *à risque exceptionnel, solutions exceptionnelles* »<sup>2</sup>. En application de cette matrice, et pour contrer efficacement contre cette pandémie, une loi datant du 12 avril 2020 a été promulgué afin d'habiliter le chef de gouvernement à prendre des décrets-lois en vue de faire face aux répercussions de la propagation du coronavirus.<sup>3</sup> Cette mesure d'exception permet à l'exécutif d'interférer dans le domaine de la loi. Or, les décisions des pouvoirs publics qui empêchent l'observation des engagements contractuels sont considérées des faits exonérateurs. On a déjà affirmé que la force majeure est tout fait que l'homme ne peut prévenir tel que les phénomènes naturels ou le fait de prince. Les décisions de confinement ou de restriction de circulation ont inéluctablement des répercussions sur le respect des engagements pris. S'agit-il pour autant d'empêchement au sens de l'article 79 CVIM ? Pour apporter une réponse exhaustive, il faut de prime abord levé les bévues lexicographiques relatives à l'expression « fait du prince ». En effet, dans un sens général, il est appréhendé comme étant « *une décision de l'autorité publique ayant pour conséquence de porter atteinte à l'équilibre financier de situation contractuelle et qui en matière civile peut constituer un cas de force majeure* ». <sup>4</sup> Il s'agit d'un acte de gouvernement ou des autorités administratives, ou encore toute intervention ou loi rendant impossible l'exécution d'un engagement dans les conditions initialement convenu.<sup>5</sup>

**24-** Assurément, elles ont une vocation préventive<sup>6</sup>, permettant ainsi la préservation de l'ordre l'ordre public<sup>7</sup>. Mais elles ont ouvert aussi une brèche dans la pensée juridique. Si la doctrine majoritaire considère que le fait de prince est évènement extérieur au contractant,<sup>8</sup> d'autres

---

<sup>1</sup> Mohamed KOSSNTINI, « Covid-19 et droit bancaire », *Études Juridiques*, 2019-2020, op.cit, page 75 : « *le covid-19, cette pandémie qui a mis l'activité économique mondiale au coma et une majorité des êtres humains dans le globe à domicile a changé la donne* ».

<sup>2</sup> Jean-Louis DELVOLLE, « L'imprévision dans les contrats internationaux », *op. cit*, page 149.

<sup>3</sup> Art. 1<sup>er</sup> loi n°2020-19 du 12 avril 2020 habilitant le chef du gouvernement à prendre des décrets-lois dans l'objectif de faire face aux répercussions de la propagation du Coronavirus, JORT. 12 avril 2020, n°31, page 762.

<sup>4</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit, page 394, n°2.

<sup>5</sup> Ahmed OMRANE, « Covid-19 et force majeure », *op. cit*, page 24, n°7.

<sup>6</sup> محمد رضا جنينج، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس 2008، ص. 268 ; توفيق بوعشبة، مبادئ القانون الإداري التونسي، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس 1992، ص. 147.

<sup>7</sup> عصام بنحسن، حسام الدين التريكي، الضبط الإداري زمن الكورونا، دراسات قانونية، 2020-2019، عدد 25، ص. 157.

<sup>8</sup> Fanny LUXMBOURG, « Le fait du prince : convergence du droit privé et droit public », *JCP*. 2008, Éd. G, n°8, page 15.

estiment que cette extériorité est contestée<sup>1</sup>. Elle peut être par conséquent nuancée ou du moins adaptée au cas d'espèce.

**25-** Une partie qui se trouve dans une situation de *hardship* à cause des décisions administratives peut l'invoquer comme cause d'exonération. Le respect des termes du contrat devient dans de telles circonstances onéreuses. L'idée développée consiste à admettre que « *le changement doit avoir entraîné une transformation radicale de la portée des obligations qui reste à exécuter. Il doit avoir rendu plus lourde ces obligations de sorte que leur exécution devienne essentiellement différente de celles qui restent à exécuter* »<sup>2</sup>. Un arrêt de la Cour de cassation belge a précisé que l'empêchement invoqué au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 79 CVIM peut comporter des changements de circonstances qui rendent l'exécution très difficile pour l'une des parties sur le plan économique, même si l'exécution n'est pas devenue littéralement impossible. La Cour souligne que les circonstances modifiées peuvent constituer un empêchement pour autant qu'elles n'aient pas été raisonnablement prévisibles au moment de la conclusion du contrat et qu'elles soient de nature à aggraver la charge de l'exécution dudit contrat de manière exceptionnelle et disproportionnée.<sup>3</sup>

**26-** Dans les décisions connues, l'évolution des aspects financiers d'un contrat a été invoquée à de nombreuses reprises par une partie en défaut qui demandaient une exonération. Ainsi, des vendeurs ont soutenu que l'augmentation des coûts de l'exécution du contrat devrait les exonérer de toute responsabilité pour n'avoir pas livré les marchandises<sup>4</sup>. De leur côté, les acheteurs ont affirmé que la baisse de la valeur des marchandises destinées à être revendues devait également les exonérer de toute forme de responsabilité pour avoir refusé de prendre livraison des marchandises et d'en payer le prix.<sup>5</sup>

## **2- Les conditions d'application**

**27-** L'exonération nécessite l'apparition d'un obstacle indépendant de la volonté du débiteur, imprévisible et insurmontable. Pour Peter SCHLECHTRIEM et Ingeborg SCHWENZER, seules les circonstances objectives qui empêchent l'exécution peuvent être considérées comme des empêchements au sens de l'article 79 CVIM.<sup>6</sup> Certes, il devrait

---

<sup>1</sup> Ahmed OMRANE, Covid-19 et force majeure, *op. cit.*, page 26, n°14.

<sup>2</sup> Alain PELLET, Nguyen QUOC DINH, Patrick DAILLIER, *Droit international public*, LGDJ, Paris 1987, page 286, n° 207.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> belge, 19 juin 2009, Pourvoi n° C 07.0289, *RDC*. 1<sup>er</sup> juillet 2011, n°3, page 963, notes Denis PHILIPPE.

<sup>4</sup> Sentence arbitrale CCI., n°6281/1989, *Clout* n°102 ; *Yearbook commercial arbitration*, XV, 1990, page 83 ; *Collection ICC arbitration Awards*, vol. II, page 394 ; Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, Allemagne, 21 mars- 21 juin 1996, *Clout* n°166 ; *NJW*. 1996, page 3229.

<sup>5</sup> Tribunal arbitral CCI. Bulgarie, n°11/1996, 12 février 1998, *op.cit.*

<sup>6</sup> Peter SCHLECHTRIEM, Ingeborg SCHWENZER, *Commentary on the U.N Convention on the international sale of goods*, 3<sup>ème</sup> édition, Oxford 2010, page 1067.

satisfaire à certains critères supplémentaires, mais avant tout il doit s'agir d'un obstacle réel et non d'une simple éventualité ou d'un obstacle potentiellement réalisable.

**a. L'existence d'un obstacle**

**28-** L'empêchement étant un mécanisme intimement lié à la phase d'exécution du contrat, la circonstance invoquée doit nécessairement être intervenu après la naissance de celui-ci. En d'autres termes, un évènement antérieur à la formation du contrat ne pourrait être invoqué en cours de contrat au titre de cause étrangère libératoire. On en déduit que la place chronologique de l'évènement perturbateur de l'exécution contractuelle est cruciale. Pour permettre l'exonération, une inexécution fortuite doit survenir postérieurement à la conclusion de la vente. Le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 79 CVIM exige, pour que l'exonération puisse être accordée, que le manquement en cause dû à un empêchement devant satisfaire à certains critères supplémentaires. Il doit s'agir d'un empêchement indépendant de la volonté de la partie en défaut pour lequel on ne pouvait raisonnablement attendre de cette partie qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat. Il faut donc que la survenance de l'évènement soit postérieure à l'accord.<sup>1</sup>

**29-** Les mesures gouvernementales prises pour limiter la propagation de la pandémie sont reconnues par les contractants défailants comme étant des faits du prince. Ils désignent tout acte du gouvernement ou des autorités administratives, ou encore toute intervention ou loi rendant impossible l'exécution d'un engagement. Les conditions de mise en œuvre des causes d'exonération prévues à l'article 79 CVIM s'inscrivent dans une logique de restriction des sources d'exemption qu'un contractant peut faire valoir à l'encontre de l'autre. Selon plusieurs décisions, la mise en application de l'article impose au débiteur de rapporter la preuve que l'inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté<sup>2</sup>. Cette jurisprudence, confirme que l'article 79 CVIM met en avant un principe général selon lequel la charge de preuve incombe à la partie qui fait valoir un droit ou qui se prévaut d'une règle, une exception ou une objection. Ce principe général peut servir en application de l'article 7 alinéa 2 CVIM, à résoudre les questions de charge de la preuve non expressément réglées par la Convention.<sup>3</sup> Le raisonnement suivi et les formules adoptées dans plusieurs décisions indiquent clairement que la charge d'établir l'existence des éléments de l'exonération

---

<sup>1</sup> Sentence arbitrale de la chambre de commerce et d'industrie de Bulgarie, 24 avril 1996, aff. n°56/1995. <http://www.unilex.info/cisg/case/422>. Dans cette affaire le vendeur a demandé à être exonéré de sa responsabilité pour défaut de livraison en raison d'une grève des mineurs, mais le tribunal arbitral a rejeté la demande parce que le vendeur était déjà en défaut lors du déclenchement de la grève.

<sup>2</sup> OberlandesgerichtZweibrücken, Allemagne, 2 février 2004, aff., n° 7 U 4/02, *Clout* n°596.

<sup>3</sup> Tribunal de Pavie, Italie, 29 décembre 1999, *RDAl*. 2001, page 224.

incombe à la partie qui demande le bénéfice de l'exemption.<sup>1</sup> Le contractant en défaut doit rapporter la preuve qu'il existe un lien de cause à effet entre l'empêchement invoqué et l'inexécution. En d'autres termes, elle doit démontrer que l'inobservation des engagements pris est le corolaire de la pandémie. Dès lors, la partie voulant se prévaloir de l'exonération aura le fardeau de prouver que les conditions énoncées à l'article 79 CVIM sont réunies. Elle devra en outre avertir l'autre partie de la survenance d'un empêchement afin de lui permettre de prendre les mesures nécessaires en vue de surmonter les conséquences de l'inexécution. Si l'avertissement n'a pas été donné ni reçu à l'intérieur d'un délai raisonnable, la partie en défaut sera tenue à des dommages et intérêts. La notification s'inscrit dans un processus de coopération et d'entraide qui anime les échanges internationaux. Elle permet une mutualisation des informations pertinentes. Il est évidemment nécessaire d'y procéder le plus rapidement possible en précisant la nature de l'évènement, de déterminer son ampleur dans le marché visé et son impact sur le déroulement du contrat. Quant à la preuve de l'empêchement allégué, elle sera faite par la fourniture de toutes les informations circonstanciées utiles, des preuves officielles ou de certificat des autorités compétentes.

#### **b. La nécessité d'un lien de causalité**

**30-** La causalité juridique est considérée comme une notion essentielle, une exigence de la raison. En même temps, elle est reconnue comme une notion obscure<sup>2</sup> dont il est difficile de donner une définition théorique<sup>3</sup> alors qu'elle doit être certaine et directe.<sup>4</sup> De manière générale, elle se définit comme une relation de cause à effet reliant un fait générateur à un dommage.<sup>5</sup> Dans le droit des contrats, elle serait un lien entre la faute d'une personne et le préjudice subi par un tiers.<sup>6</sup> La causalité juridique serait autonome et pourtant elle est considérée comme désignant une cause réelle du dommage, c'est pourquoi elle est une relation de cause à effet, car il paraît inconcevable qu'une personne soit responsable d'un dommage qu'elle n'a pas causé. Elle procède donc directement de l'observation des faits.

Dans un contexte de pandémie, la causalité se matérialise par un rapport direct entre l'inexécution contractuelle et l'empêchement dû soit au virus du Covid-19 lui-même, soit aux

---

<sup>1</sup> Sentence arbitrale, CCI. Russie, 16 mars 1995, aff, n° 155/1994, *Cloutn*°140 ; Sentence arbitrale CCI, aff., n° 7197/1993, *op.cit*, page 1028.

<sup>2</sup> Jean ACRBONNIER, *Les obligations*, 22<sup>ème</sup> édition, PUF. Paris 2000, n°213 ; Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Le fait juridique*, 11<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, Paris 2005, n°155.

<sup>3</sup> Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2<sup>ème</sup> édition, LGDJ. Paris 1998, n° 232.

<sup>4</sup> Philippe LE TOURNEAU, *Responsabilité et contrats*, Dalloz-Action, Paris 2004, n°1704.

<sup>5</sup> Roger MISLAWSKI, *La causalité dans la responsabilité civile : recherches sur ses rapports avec la causalité scientifique*, thèse Université Cergy-Pontoise, 2006, page 1, n°1.

<sup>6</sup> *Lexique des termes juridiques*, *op.cit*, page 152.

mesures des pouvoirs publics pour limiter sa propagation. Dès lors, pour que les dispositions de l'article 79 CVIM soient applicables, il faut que l'inexécution soit la conséquence directe de l'évènement en question. L'expression « *cette inexécution est due* » établit ainsi un rapport congénital entre l'empêchement d'une part et l'inobservation des obligations contractuelles d'autre part<sup>1</sup>. La nécessité de ce lien de causalité a été invoquée pour débouter une partie de sa demande d'exonération, lorsque l'acheteur n'a pas réussi à prouver que sa défaillance s'expliquait par le fait que les autorités de son pays avaient suspendu le paiement des dettes à l'égard de l'étranger<sup>2</sup>. Ce lien est la condition *sine qua non* pour la mise en œuvre de l'effet exonérateur de l'empêchement, car à ne pas tenir ce lien de cause à effet les portes aux abus seraient grandes ouvertes. Un contractant indélicat peut invoquer l'existence d'une pandémie pour motiver sa défaillance, alors qu'elle n'a eu aucun incident sur son activité professionnelle<sup>3</sup>. Plusieurs secteurs d'activités économiques ont continué à travailler pendant la crise<sup>4</sup>.

## **B. L'extériorité de l'empêchement**

**31-** La condition d'extériorité pour que l'empêchement puisse constituer une échappatoire au contractant défaillant ne fait pas de doute. Un problème particulier doit être néanmoins soulevé : la maladie pourrait-elle échapper au contrôle du débiteur ? Une personne atteinte du Covid-19 peut-elle se prévaloir de cette contamination comme étant un empêchement au sens de l'article 79 CVIM ? Pour répondre à ces interrogations, il faut de prime abord levé les bévues lexicographiques qui gravitent autour de la condition d'extériorité, (1) puis chercher la qualification juridique de la pandémie en se fondant sur les applications jurisprudentielles les plus pertinentes. (2)

### **1- Éclaircie sur l'extériorité de la pandémie**

**32-** L'examen des différents droits nationaux atteste que d'une manière ou d'une autre, un empêchement d'exécuter provoqué par un évènement extérieur à la sphère dont le débiteur

---

<sup>1</sup> Paris, 17 mars 2016, RG n° 15/04263, *Inédit*.

<sup>2</sup> Cour d'arbitrage CCI, sentence n° 7197/1993, *Clout* n°104 ; *JDI*. 1993, page 1028.

<sup>3</sup> Toulouse, 3 octobre 2019, RG n° 19/01579, *Inédit*. Dans un contexte de confinement d'animaux liés à la grippe aviaire : « *son impact sur les résultats de l'exploitation n'établit pas qu'il présentait un caractère insurmontable et irrésistible susceptible de lui conférer la qualification d'évènement de force majeure* ».

<sup>4</sup> Ex. le secteur de la restauration rapide (les restaurants fantômes ou les darkkitchen), de la livraison ou des soins à domicile.

doit répondre, insurmontable et qui n'était pas prévisible l'exonère de sa responsabilité<sup>1</sup>. L'extériorité est donc une condition *sine qua non* pour prétendre à l'exonération. S'il est un sujet d'un intérêt sans cesse rebondissant en droit des contrats en temps de crise de Covid-19, l'extériorité en constitue indubitablement un. Le nombre important des travaux scientifiques consacré à cette question indique à suffisance l'attrait qu'elle suscite auprès de la doctrine. Elle mérite de ce fait un intérêt particulier.

**33-** Pour mieux comprendre cette notion ambiguë, il faut partir de l'étymologie du mot « extérieur ». Est en effet « extérieur » une partie de l'espace en dehors de quelque chose<sup>2</sup>. En matière contractuelle, elle signifie que la cause d'inexécution ne doit pas être imputable au débiteur<sup>3</sup>. Selon l'expression du doyen Jean CARBONNIER, il faut que l'évènement se produit « *en dehors de la sphère dont le débiteur doit répondre* ». <sup>4</sup> Dans ce sens, elle ne doit pas résulter de son comportement volontaire.<sup>5</sup> L'exemple le plus habituel d'évènement extérieur est celui des catastrophes naturelles<sup>6</sup>, des guerres<sup>7</sup>, des résolutions d'embargo, des décisions de gel des avoirs ou encore des interdictions de voyage pour certaines personnes. L'actualité jurisprudentielle nous en donne une superbe occasion à travers un arrêt rendu en assemblée plénière par la Cour de cassation française en date du 10 juillet 2020<sup>8</sup>. À l'origine de cette décision se trouve la résolution n°1747 du Conseil de sécurité de l'ONU datée du 24 mars 2007<sup>9</sup>, qualifiant la banque *Sepah* d'entité concourant au programme nucléaire iranien et à laquelle devait s'appliquer la mesure de gel des avoirs décidée un an plus tôt par la même institution. Ces restrictions ont empêché la banque de répondre aux besoins de ses clients qui ont saisi la justice pour demander réparation. Pour éluder toute forme de responsabilité, l'établissement financier évoque l'impossibilité absolue d'exécuter ses obligations. Les sanctions économiques dont il avait fait l'objet pendant presque dix ans avaient empêché tout mouvement de fond. La Cour de cassation est restée insensible à l'argument avancé en affirmant : « *ne constitue pas un cas de force majeure pour celle qui le subit, faite*

<sup>1</sup> Manuel GUSTIN, « Le transfert des risques et l'impossibilité d'exécution dans la CVIM », *RDAL*. 2001, n°3/4, page 393.

<sup>2</sup> Le Robert, dictionnaire de français. Nouvelle édition, Paris 2017, page 171.

<sup>3</sup> قرار تعقيبي جزائي عدد 3299، مؤرخ في 29 اوت 1979، الن. 1980، عدد 1، ص. 206.

<sup>4</sup> Jean CARBONNIER, *Théorie des obligations*, PUF, Paris 1963, page 281, n° 157.

<sup>5</sup> Bruno LOYANT, *Recherches sur la notion de force majeure en droit communautaire et en droit international : contribution à l'étude des faits justificatifs de non-exécution des obligations internationales*, mémoire DEA. Droit européen. Université de Rennes, UER. Sciences juridiques, 1978, page 92.

<sup>6</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 1994, Pourvoi n° 92-16.201, *Bull. Civ.* 1994, page 60, n° 94 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 janvier 1994, Pourvoi n° 92-13.853, *Bull.* 1994, page 7, n° 13 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 7 juin 1989, Pourvoi n° 88-10.323, *Bull.* 1989, page 71, n° 128.

<sup>7</sup> Com. 16 mars 1999, Pourvoi n° 97-11.428, *Cont. Conc. Cons.* 1999, n° 86.

<sup>8</sup> Ass. Plé. 10 juillet 2020, Pourvoi n° 18-18.542 et 18-21.814, arrêt n° 653.

<sup>9</sup> Résolution 1747(2007) du Conseil de sécurité des N.U, adoptée à la 5647<sup>ème</sup> séance, le 24 mars 2007, *Doc.off.*, n° S/RES/1747 (2007), 2 avril 2007, page 1.

d'extériorité le gel des avoirs d'une personne ou d'une entité qui est frappée par cette mesure de ses activités...la banque Sepah est désignée comme entité concourant au programme nucléaire ou de missiles balistiques iranien en tant qu'entité d'appui à l'organisation des industries aérospatiales et aux entités placées sous son contrôle...il en résulte que l'impossibilité où se serait trouvée la banque Sepah qui n'a pas contesté sa désignation devant les juridictions de l'Union, d'utiliser ses avoirs gelés pour exécuter l'arrêt du 26 avril 2007, ne procède pas d'une circonstance extérieure à son activité ».

**34-** Peut-on dire que la pandémie présente un évènement qui échappe au contrôle des parties et que l'on ne pouvait raisonnablement demander aux contractants de prendre compte au moment où elles ont conclu la vente ? Par le passé, plusieurs arrêts ont reconnu la maladie comme étant un fait extérieur à la volonté des parties.<sup>1</sup> En matière d'épidémies cependant, la jurisprudence répugne à le considérer comme tel.<sup>2</sup> Les juges préfèrent en décider selon les circonstances particulières qui ont entouré sa survenance. C'est ce que la doctrine appelle souvent l'appréciation *in concreto*, parfois dite relativiste<sup>3</sup>. Il n'est aucune raison de déroger à cette méthode d'appréciation. L'extériorité n'est pas tant appréciée au vu de l'évènement lui-même qu'au regard des raisons de sa survenance. L'extériorité est donc caractérisée lorsque le débiteur n'a pas eu prise sur l'évènement<sup>4</sup>. Ce changement empêche l'exécution du contrat dans des conditions normales ou raisonnables.

**35-** Le Covid-19 s'est révélé avoir des conséquences potentiellement létales et il a entraîné une série de mesures restrictives sans précédent. En ce qui concerne la condition tenant à l'existence d'un évènement échappant au contrôle du débiteur, l'émergence et la propagation du coronavirus qui a été considérée par l'OMS comme une urgence de santé publique de portée internationale, puis comme une pandémie et les mesures étatiques qui ont suivi pourraient être considérées comme remplissant la condition d'extériorité.<sup>5</sup> Quant au virus du Covid-19 *stricto sensu*, une divergence subsiste. Pour certains, les maladies de manière

---

<sup>1</sup> Ex. Ass. Ple. 14 novembre 2006, Pourvoi n°02-11.168, *Bull.ass. Ple.* 2006, page 9, n° 5 ; *RTD. Civ.* 2006, page 775, obs. Patrice JOURDAIN ; *RTD.Com.* 2006, page 904, obs. Bernard BOULOC ; Civ.1<sup>ère</sup>, 25 novembre 2020, Pourvoi n° 19-21.060, *Bull.Civ.* 2020, I, n°714.

<sup>2</sup> Paris, 25 septembre 1998, RG n° 96/08159, *Inédit.* (Épidémie de peste) ; Saint-Denis de la Réunion, 29 décembre 2009, RG n° 08/02114, *Inédit.* (Épidémie de chikungunya) ; Nancy, 22 novembre 2010, RG n° 09/00003, *Inédit.* (Grippe tropicale la dengue) ; Besançon, 8 janvier 2014, RG n° 12/02291, *Inédit.* (Épidémie de grippe H1N1) ; Paris, 17 mars 2016, RG n°15/04263, *Inédit.* (Virus Ebola) ; Paris 29 mars 2016, RG n° 15/05607, *Inédit.* (Virus Ebola)

<sup>3</sup> Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Suzanne CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>ème</sup> édition, LGDJ, Paris 2013, n° 398.

<sup>4</sup> قرار تعقيبي مندي عدد 34611، مؤرخفي 16 مارس 1994، الن. 1994، عدد1، ص. 365.

<sup>5</sup> Roland ZIADÉ, Claudia CAVICCHIOLI, « L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux, *Dalloz, AJ. Contrat*, avril 2020, page 176, spéc., page 178.

générale, ne sont pas des faits extérieurs à la volonté du débiteur<sup>1</sup>. Elles n'ont pas donc l'effet exonératoire<sup>2</sup>. Ils se fondent pour arguer leurs positions sur de vieilles jurisprudences selon lesquelles les maladies n'ont pas un effet exonératoire puisque l'élément d'extériorité fait défaut.<sup>3</sup> Pour le dominant de la doctrine, la maladie n'est pas extérieure à la personne du débiteur, mais elle est tout de même extérieure à sa volonté<sup>4</sup>. De ce fait, elle aura un effet exonératoire. Selon certains auteurs, « *dès lors, que l'inexécution est directement liée à l'épidémie de Covid-19, la condition devrait être considérée comme remplie. Un virus à la propagation irrésistible, considéré par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) comme une urgence de santé publique de portée internationale, puis désormais comme une pandémie, contre laquelle les États cherchent à lutter sans parvenir à l'éradiquer, semble bien hors du contrôle de simple contractants* »<sup>5</sup>. Cette condition n'est rien d'autre que l'expression de la notion de cause étrangère. Plus précisément, elle constitue la traduction de l'exigence de non-imputabilité de l'évènement au débiteur. La liaison de la causalité et de l'imputation est logique lorsque la responsabilité a pour but unique de sanctionner des comportements puisqu'elle doit interdire aux sujets de droit de poser des causalités illicites. La responsabilité est imputée à une personne du fait de son pouvoir causal

**36-** La causalité contient toujours des éléments de faits dont la preuve doit être rapportée. L'imputation trouve son point d'ancrage dans la réalité des comportements humains qu'il s'agit de sanctionner ou d'orienter. Dans cette optique, il ne peut y avoir imputation que si, dans la réalité, une relation entre fait de l'homme et dommage peut être reconnue. À partir du moment où le juriste donne place à la récompense ou au blâme individuel, la rétribution impose de déterminer qui doit répondre de la conduite visée par la norme.

**37-** Certaines des mesures étatiques qui ont été adoptées pour lutter contre la propagation de la pandémie semblent avoir un impact sur différents types de contrats. Elles doivent être considérées comme échappant au contrôle du débiteur<sup>6</sup>. Par exemple, la fermeture d'un commerce qui serait imposée par les pouvoirs publics est de nature à être qualifiée par les

<sup>1</sup> Olivier FARDOUX, « La chambre sociale de la Cour de cassation adopte à son tour la conception classique de la force majeure », *Rec. Dalloz*, 19 juillet 2012, n°28, page 1864.

<sup>2</sup> Civ.1<sup>ère</sup>, 2 octobre 2001, Pourvoi n° 99-19.816, *Cont. Conc. Cons.* 2002, n°24.

<sup>3</sup> Exemple, Civ.1<sup>ère</sup>, 10 février 1998, Pourvoi n° 96-13.316, *Bull.* 1998, page 34, n°53 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 janvier 1968, *JCP.* 1968, II, n° 15422.

<sup>4</sup> Mostafa Fahim NIA, *La livraison et la conformité dans la vente internationale. Étude comparative de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 et du droit français des ventes internes*, op. cit, page 362, n°309.

<sup>5</sup> Julia HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronas virus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *Dalloz*, 26 mars 2020, n°11, page 611, spéc., page 612, n°1.

<sup>6</sup> قرار استعجالي ابتدائي عدد 14912 الصادر عن المحكمة الابتدائية صفاقس 2، بتاريخ 10 جويلية 2020، غير منشور : " وحيث تبعا لذلك تكون جائحة كورونا سببا خارجا عن إرادة الطرفين و غير متوقعة عند إبرام عقد التسويغ و مستحيلة الدفع و تكون التدابير الإجرائية من فعل الأمير مما يبرران مبدئيا تأجيل تنفيذ الالتزام المحمول على التسويغ و هو دفع معينات الكراء إلى المسوخ إلى حين زوال القوة القاهرة و استئناف الحياة".

juges d'évènement échappant au contrôle du débiteur.<sup>1</sup> Il semble donc difficile de considérer que la pandémie serait sous le contrôle du débiteur. Il en résulte que, si le débiteur a par son comportement provoqué ou favorisé la contamination et l'apparition de la maladie, on considérera sans doute que la cause d'inexécution n'est pas extérieure et ne peut donc constituer un cas d'empêchement.

## **2.- L'empêchement au prisme de la pandémie**

**38-** Le principe de l'interprétation autonome de la Convention exige l'abandon des concepts retenus en droit interne. Cependant, lors de cette pandémie, le rapprochement avec l'expression « force majeure » **(a)** ou avec le concept « imprévision » s'est imposée. **(b)** Plusieurs études récentes font des rappels systématiques à ces notions.<sup>2</sup> Aborder la pandémie indépendamment de toute référence, c'est comme naviguer à vue dans une mer agitée. La nouveauté du virus et l'originalité des mesures prises nécessitent un attachement aux droits nationaux.

### **a. Pandémie et force majeure**

**39-** Il ne nous revient pas ici de retracer l'ensemble du concept de force majeure tel que celui-ci ressort du droit des obligations. Nous nous ne limitons donc exclusivement à rappeler quelques éléments de base indispensable à notre propos. Pour ce faire, nous partons un interrogation simple : est-ce que la pandémie de covid-19 constitue un cas de force majeure ? La réponse à cette question nous aidera à déterminer si le cocontractant défaillant pourra être exonéré de sa responsabilité contractuelle. En effet, jamais avant le début de la crise du coronavirus les concepts juridiques d'empêchement, de force majeure ou d'imprévision n'avaient connu un tel succès en doctrine et en pratique. Pourquoi un tel engouement ? L'assimilation de la notion d'empêchement à la force majeure ne ressort pas clairement de la lettre de l'article 79 CVIM. Ce rapprochement trouve racine d'abord dans les travaux de la CNUDCI qui affirme expressément que l'article 79 CVIM traite de la force majeure et il permet de dégager une partie défaillante de son obligation de verser des dommages-intérêts si l'empêchement satisfaisant à certains critères<sup>3</sup>. Ensuite, l'empêchement au sens de l'article 79 CVIM répond en grande partie aux exigences de la force majeure telles qu'elles ont été conçues en droit interne. Les deux concepts partagent d'ailleurs le même socle.

---

<sup>1</sup> Amiens, 20 décembre 2016, RG n° 15/01482, *Inédit*.

<sup>2</sup> Ex. Bruno ANCEL, « Les contrats français et américains face au Covid-19 : un futur nimbé d'incertitude », *Dalloz. AJ. Contrat*, mai 2020, page 214 ; Mostapha MEKKI, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », *op.cit*, page 164.

<sup>3</sup> Précis Juris., *op.cit*, page 409, n°1.

Saisir la pandémie à l'ombre de la force majeure exige l'apport de certaines précisions sur la manière dont devraient s'appliquer en la matière ses conditions et ses effets. Concept juridique à éclipse dont l'activité sombre dans une inquiétante léthargie, la force majeure est-elle en train de renaître de ces cendres ? Si l'on opère une synthèse à *minima* des différentes définitions proposées par la doctrine et la jurisprudence, on peut en retenir en substance que la force majeure est tout fait que l'homme ne peut prévenir, tel que les phénomènes naturels, l'invasion d'ennemi, le fait du prince et qui rend impossible l'exécution de l'obligation<sup>1</sup>. En matière contractuelle, elle est appréhendée comme étant « *un évènement survenu postérieurement à la conclusion du contrat et qui a pour effet de rendre impossible l'exécution de son obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, indépendamment d'une faute du débiteur dans la genèse, la survenue et les conséquences de l'évènement* »<sup>2</sup>. La mise en œuvre du mécanisme exonératoire est tributaire donc de la réunion de trois éléments : un évènement échappant au contrôle du débiteur, imprévisible au moment de la formation du contrat et ne pouvant pas être évités par des mesures appropriés. Si l'un de ces éléments fait défaut, la qualification ne pourra pas avoir lieu<sup>3</sup>.

**40-** La force majeure est considérée comme une cause classique d'exonération de responsabilité. D'un côté, elle est libératrice. À raison de l'impossibilité d'exécution qu'elle comporte, la force majeure éteint l'obligation et libère le débiteur du lien d'obligation. Perçue communément par l'adage « *à l'impossible, nul n'est tenu* », le droit reconnaît au débiteur involontairement placé dans l'impossibilité de l'exécution la faculté de se libérer de ses engagements contractuels<sup>4</sup>. Aux termes d'une analyse doctrinale relative aux fondements d'un tel effet libératoire, certains retiennent en substance que celui-ci repose à la fois sur l'impossibilité d'exécution résultant de l'évènement de force majeure qui rend caduque l'obligation qui impliquait un exécution en nature, et sur la non imputabilité au débiteur de l'inexécution qui en résulte<sup>5</sup>. D'un autre côté, la force majeure est exonératoire en ce sens que le débiteur se trouvant dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations est exonéré de toute responsabilité en découlant.<sup>6</sup> La jurisprudence rappelle à maintes reprises que « *la force*

<sup>1</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 14549، مؤرخ في 20 فيفري 1986، الن. 1986، عدد 1، ص. 256.

<sup>2</sup> Jean François GERMAIN, Yannick NINANE, Jan VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », in *La force majeure, état des lieux*. Anthemis, 2013, page 9, n°4.

<sup>3</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 49841، مؤرخ في 29 أكتوبر 1997، الن. 1997، عدد 1، ص. 50.

<sup>4</sup> Art. 345 COC : « *l'obligation s'éteint lorsque depuis qu'elle est née, la prestation qui en fait l'objet est devenue impossible naturellement ou juridiquement sans le fait ou la faute du débiteur et avant qu'il soit en demeure* ».

<sup>5</sup> Paul Alain FORIERS, « Force majeure et contrat », in *Le droit des obligations contractuelles et bicentenaire du Code civil*, La charge, Bruxelles 2004, page 258.

<sup>6</sup> Ahmed OMRANE, Covid-19 et force majeure, *Études juridiques*, 2019-2020, n°25, page 22, n°3.

*majeure permet au débiteur d'une obligation contractuelle d'échapper à sa responsabilité et d'obtenir la résolution du contrat* ». <sup>1</sup>

**41-** Par le passé, la jurisprudence française s'est montrée réticente à admettre la qualification de force majeure pour des épidémies. Le caractère imprévisible et le caractère irrésistible souvent discutés ont généralement permis d'écarter la qualification invoquée. <sup>2</sup> L'impossibilité d'exécution est unanimement reconnue comme la condition essentielle qui distingue la force majeure d'un évènement relevant de l'imprévision. C'est la raison pour laquelle la force majeure financière n'existe pas pour un débiteur d'une obligation de payer une somme d'argent. <sup>3</sup> En période d'urgence sanitaire, la question à laquelle les tribunaux ont tenté d'apporter des réponses est celle de savoir si le covid-19 justifie-t-il la suspension des échéances locatives ? Une décision récente rappelle que l'obligation pécuniaire est toujours susceptible d'être exécutée. <sup>4</sup> Les loyers en retard sont donc exigibles. <sup>5</sup> La seule exception pourrait résider dans des cas très particuliers d'impossibilité matérielle de procéder au règlement des sommes dues comme une maladie empêchant le débiteur hospitalisé de procéder au règlement de ses factures, ou une panne informatique rendant l'encaissement automatique d'une créance à la date convenue impossible. Dans l'hypothèse du Covid-19, seule la contamination d'un débiteur entravant le paiement pourrait à la rigueur être invoquée, mais elle n'aurait alors qu'un effet suspensif et permettrait seulement au débiteur d'échapper au paiement d'éventuelles pénalités de retard. En réalité, si la pandémie rend l'exécution d'une obligation très difficile d'un point de vue financier ou matériel, ce n'est pas la force majeure qu'il faut mobiliser, mais le droit des entreprises en difficulté ou l'imprévision. *A contrario*, la force majeure pourra être retenue si la pandémie de coronavirus rend l'exécution contractuelle réellement impossible. Ce peut être le cas si le débiteur est touché par le virus avec des symptômes invalidants ou que ses salariés le sont aussi, le plaçant dans l'impossibilité de livrer tous ses clients <sup>6</sup>. Dans ce cas, il faut que l'impossibilité soit définitive. <sup>7</sup> Dans l'hypothèse où les obstacles sont de nature temporaire, tels que la possible

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 novembre 2020, Pourvoi n° 19-21060, *Bull.* 2020, I, n°714 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 avril 2015, Pourvoi n° 14-13.440, *Bull.* 2015, I, n°101.

<sup>2</sup> Louis VOGEL, Joseph VOGEL, « Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19 », *Dalloz. AJ. Contrat*, juin 2020, page 275.

<sup>3</sup> Com. 16 septembre 2014, Pourvoi n° 13-20.306, *Bull. Civ.* 2014, IV, n° 118 : « le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure ».

<sup>4</sup> Lyon, Ch.8, 31 mars 2021, RG n°20/05237, *Dalloz. Actu.* 30 avril 2021, note Pierre DEPLATER.

<sup>5</sup> قرار استعجالي ابتدائي عدد 14912 الصادر عن المحكمة الابتدائية صفاقس 2 بتاريخ 10 جويلية 2020، مرجع سابق.

<sup>6</sup> النورى مزيد، قانون الشغل امام اختبار ازمة كورونا، دراسات قانونية، 2019-2020، عدد25، ص. 49.

<sup>7</sup> قرار تعقيبي مدنى عدد 1600 بتاريخ 6 جويلية 1978، نشرية محكمة التعقيب، 1978، القسم المدنى، ج.2، ص.22.

reprise de la production dès que le pic épidémique passé, ou que l'interdiction de voyager est limitée dans le temps, dans ces cas l'exécution du contrat sera simplement suspendue.

**42-** Notion fondamentale du droit et principale cause de justification dans le droit de la responsabilité civile, la force majeure exprime un principe élémentaire de bon sens qui remonte au droit romain stipulant qu'à l'impossible nul ne soit tenu.<sup>1</sup> Elle a été invoquée à un moment où la pandémie vient d'apparaître et les premières mesures pour en éviter la propagation sont déjà prise<sup>2</sup>. L'opération de qualification implique un travail de confrontation de l'évènement considéré, quelle que soit la catégorie à laquelle il appartient aux conditions cumulatives prévues par le texte<sup>3</sup>. En marge des clivages idéologiques qui les inspirent, la définition retenue requiert au final trois conditions essentielles pour qu'un cas de force majeure soit pris en compte.<sup>4</sup> Un arrêt rendu par la Cour de cassation française en date du 18 mars 2021 rappelle le triptyque traditionnel en affirmant : « *qu'en toute hypothèse, la force majeure s'entend d'un évènement extérieur, irrésistible et imprévisible* ». <sup>5</sup> Reste maintenant à déterminer si la pandémie répond aux critères exigés.

**43-** Pour appréhender au mieux le mécanisme de la force majeure, il faut avoir à l'esprit la toile de fond législative et sanitaire. La force majeure ne se décrète pas. Elle s'apprécie au cas par cas. Par exemple, pour une vente conclue en mars 2020, il serait difficile d'invoquer l'imprévisibilité de l'épidémie de coronavirus et de ses effets. Cette seule circonstance exclurait la qualification de force majeure quand bien même elle rendrait impossible, dans quelques semaines l'exécution du contrat. Ainsi, la réunion des conditions de la force majeure comme de l'imprévision dépend largement des circonstances de l'espèce, dans la mesure où ces notions font appel à des standards laissant une place importante à l'interprétation des juges.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Henri ROLAND, Laurent BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4<sup>ème</sup> édition, Paris 1999, page 25 : « *impossibilium nulla obligatio* ».

<sup>2</sup> Bruno LE MAIRE, « Coronavirus et monde du travail : réunion avec les partenaires sociaux », Paris 28 février 2020. Le ministre français qualifie la pandémie de cas de force majeure.

<sup>3</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 14432، مؤرخ في 23 جوان 1987، الن. 1987، عدد 1، ص. 134.

<sup>4</sup> Ahlam BOUTAYBI, Karim ZAOUAQ, « Temps de crise : la renégociation amiable des contrats au Maroc et dans les pays de l'OHADA », *RDAA*, Juillet 2020, n°2, page 6 : « *l'extériorité : l'évènement doit échapper au contrôle du débiteur* ».

<sup>5</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 18 mars 2021, Pourvoi n° 19-24.009, *Bull. Civ.* 2021, II, décision n° 22100239 ; Reims, Soc. 22 janvier 2003, RG n° 99/02455, *Inédit* : « *la force majeure se définit comme résultant d'évènement présentant à la fois les caractères de l'imprévisibilité, de l'irrésistibilité et de l'extériorité* » ; Colmar, Ch. 6<sup>ème</sup>, 16 mars 2020, RG n° 20/01142, *Inédit* : « *alors qu'en toute hypothèse, la force majeure s'entend d'un évènement extérieur, irrésistible et imprévisible* ».

<sup>6</sup> Julia HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *op.cit.*, page 611.

44- Dans le cadre du droit uniforme, « l'exonération peut être admise en vertu de ce texte ( article 79), quel que soit la forme que revêt l'infraction : inexécution totale aussi bien que partielle, tardive ou défectueuse »<sup>1</sup>. À la condition de l'extériorité, l'article 79 CVIM exige que l'évènement qui cause l'inexécution ne doit pas avoir été raisonnablement envisagé au moment de la conclusion du contrat et qu'il ne doit pas non plus avoir été surmontable ou évitable. Ces trois conditions réunissent les mêmes caractéristiques que la force majeure en droit civil<sup>2</sup>. Elles sont en conformité avec la maxime *nem auditeur*,<sup>3</sup> car le débiteur doit s'efforcer de remplir ses obligations. Un auteur a pu ainsi conclure : « selon nous, il est donc possible d'invoquer la force majeure à compter du 4 mars 2020 comme motif valable rendant impossible l'exécution du contrat ».<sup>4</sup>

45- Un empêchement au sens de l'article 79 CVIM doit être « un risque incontrôlable ou un évènement totalement exceptionnel comme un cas de force majeure, d'impossibilité économique ou de sévérité excessive des circonstances »<sup>5</sup>. Les décisions des autorités administratives qui interdisaient tout rassemblement peuvent être considérées comme un fait du prince créant une impossibilité juridique d'exécuter avec les mêmes effets qu'un cas de force majeure<sup>6</sup>. Il s'agit n l'occurrence d'impossibilité légale ou réglementaire<sup>7</sup>. Ce n'est pas ici l'épidémie de coronavirus qui constitue la force majeure, mais les mesures administrative prises pour y faire face. Cette approche est conforme aux différentes définitions retenues par les instruments internationaux.<sup>8</sup> Le point commun entre toutes ces positions savantes est qu'elles conçoivent la force majeure comme un standard juridique dont les caractères doivent être interprétés de manière raisonnable. Ce qui revient à dire que la conception relativiste de la force majeure est privilégiée dans les textes internationaux, de manière générale et dans la

---

<sup>1</sup> Vincent HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, op. cit, page 423, n°468.

<sup>2</sup> Jean-Michel JACQUET, Philippe DELBECQUE, *Droit du commerce international*, Dalloz, Paris 1997, page 146 ; Olivier FARDOUX, « La chambre sociale de la Cour de cassation adopte à son tour la conception classique de la force majeure », *op.cit*, page 1864.

<sup>3</sup>Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 juillet 1972, Pourvoi n° 71-11.940, *Bull. Civ. III.* 1972, page 339, n°466.

<sup>4</sup> Ludovic LANDIVAUX, *Contrats et coronavirus : un cas de force majeure ? ça Dépend...*, *Dalloz, Actualité,affaires. Contrat- Responsabilité*, 20 mars 2020.

<sup>5</sup> Schiedsgericht der Handelskammer, Hambourg Allemagne, 21 mars-21 juin 1996, *op. cit*.

<sup>6</sup> Fanny LUXEMBOURG, « Le fait du principe : convergence du droit privé et du droit public », *JCP.* 2008, page 119 : le fait du principe est considéré en droit privé comme « un acte des pouvoirs publics constituant un obstacle absolu et insurmontable à l'exécution d'obligations conventionnelles ou légales...assimilé par la jurisprudence à un cas de force majeure » ; Seroit BADAOUÏ, *Fait du prince dans les contrats administratifs français et en droit égyptien*, thèse, op.cit, page 84.

<sup>7</sup> Patrice JOURDAIN, « Impossibilité d'exécution, perte de la chose et théorie des risques en droit français », *Études juridiques*, 2001, n°8, page 217.

<sup>8</sup> Ex article 8:108 alinéa 1<sup>er</sup> PEDC : « est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que cette inexécution est due à un empêchement qui lui échappe et que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences ».

Convention en particulier. Telle est aussi la position que semble adopter les arbitres internationaux statuant notamment en amiable compositeur.<sup>1</sup>

### **b. Pandémie et imprévision**

**46-** Lorsque des circonstances indépendantes de la volonté des parties et imprévisibles viennent bouleverser l'économie du contrat, une partie doit-elle aider son cocontractant à surmonter cette difficulté et à poursuivre l'exécution de ses obligations ou bien la loi des parties oblige-t-elle à poursuivre immuablement le contrat ? Dans le cadre d'un échange international, la force majeure ne doit être qu'une arme de dernier recours.<sup>2</sup> Mieux vaut donc négocier avec son partenaire pour tenter de trouver une solution acceptable pour chacun quitte à consentir quelques sacrifices. N'est-ce pas d'ailleurs ce à quoi invite la *lex mercatoria* ?<sup>3</sup> La meilleure attitude, la plus altruiste semble-t-il, consiste à l'évidence, pour le créancier de l'obligation à prendre les devants, à être proactif avant que son cocontractant soit aux abois.<sup>4</sup> L'évolution des besoins du commerce international soulignée par la crise sanitaire incite à faire de la vente un instrument vivant propre à assurer sa pérennité et à renforcer son succès. À cette fin, il convient d'admettre les situations de *hardship*. En effet, à la différence des Principes UNIDROIT<sup>5</sup> et des PDEC<sup>6</sup>, la Convention ne prévoit pas de mécanisme d'adaptation de la vente en cas de changement de circonstances. Le vendeur ne peut pas être libéré *a priori* de ses obligations en raison des changements survenus sur le marché<sup>7</sup>. Mais tenant compte de la spécificité des rapports commerciaux internationaux, le monde des affaires a contraint les parties à prendre en compte le changement imprévisible des circonstances. L'économie, qui était encore au XIX<sup>ème</sup> siècle stable et prévisible est devenue au fur et à mesure du progrès de la mondialisation beaucoup plus instable et imprévisible. Or,

---

<sup>1</sup> À propos des sentences dans lesquelles l'impossibilité absolue ne semble pas avoir été exigée, Voir Sentence CCI., n° 3033/1979, *JDI*. 1980, page 951; Sentence CCI n°2141/1974, *JDI*. 1974, page 892.

<sup>2</sup> Julia HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *op.cit.*, page 611 : « si l'épidémie de coronavirus et ses conséquences rendent l'exécution d'une obligation très difficile d'un point de vue financier ou matériel, ce n'est pas la force majeure qu'il faut mobiliser ».

<sup>3</sup> Philippe KAHN, « *Lex mercatoria* et pratique des contrats internationaux », in *Le contrat économique international : travaux des centres Charles DE VISSCHER pour le droit international*, Bruylant, Bruxelles 1975, page 200 et suiv.

<sup>4</sup> Xavier DELPECH, « Quelle réponse juridique à l'épidémie du coronavirus », *Daloz. AJ. Contrat*, mars 2020, page 105.

<sup>5</sup> Art.6.2.3 Principes UNIDROIT : « en cas de *hardship*, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociation. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée... ».

<sup>6</sup> Art. 6 :111 al. 2 PDEC : « cependant, 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 ».

<sup>7</sup> T.Com. Tongeren, Belgique, 25 janvier 2005 : « dès lors que les contractants n'ont pas prévu de mécanisme d'adaptation dans leur contrat, ils doivent supporter les conséquences de la survenance d'évènement déséquilibrant le contrat. L'article 79 ne saurait avoir pour but d'aider une partie qui, par négligence n'a pas veillé à l'intégration de la clause d'adaptation dans le champ contractuel ».

les contrats internationaux s'insèrent dans un environnement politique et économique en mutation. Des conflits peuvent opposer les pays producteurs aux pays consommateurs, ou bien encore un changement brusque des conditions du marché peut se produire. C'est pourquoi, le plus souvent les professionnels ont recours à des mécanismes qui permettent d'anticiper, si c'est encore possible les circonstances qui peuvent perturber l'équilibre contractuel<sup>1</sup>. Les ventes internationales de marchandises sont souvent des contrats à long terme dont l'exécution se fait de manière échelonnée. Au fur et à mesure que s'éloigne la date de conclusion du contrat, des difficultés croissantes se produisent rendant l'observation des engagements pris difficile et onéreuse.<sup>2</sup>

**47-** L'admission de la possible modification du contrat pour des changements de circonstances va à l'encontre du principe de la force obligatoire du contrat. C'est pourquoi, dans le célèbre arrêt *Canal de Craponne*<sup>3</sup>, la Cour de cassation française a rejeté la théorie de l'imprévision, car « *il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier la convention des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ». Cette jurisprudence fut confirmée par plusieurs arrêts postérieurs<sup>4</sup>, de sorte que toute possibilité d'application de l'imprévision en droit civil semble être abandonnée.

**48-** La théorie de l'imprévision suscite depuis toujours des divergences doctrinales. La question prend une signification particulière dans le cadre de la vente internationale de marchandises. À première vue, il apparaît qu'elle soit rejetée par la Convention<sup>5</sup>. Il en résulte que le respect des engagements pris s'impose aux parties, même si le coût des marchandises a connu des variations telles que l'économie du contrat se trouve radicalement bouleversée. Cependant, la vente internationale est un contrat qui nécessite parfois de longue discussion et sa mise en place passe par plusieurs étapes. Tenant compte de ces spécificités, les pratiques commerciales admettent une certaine flexibilité qui permet d'adapter les

---

<sup>1</sup> Jean-Louis FOURGOUX, « La clause de révision de prix dans les contrats d'affaires », *Dalloz. AJ. Contrat*, Décembre 2020, page 540.

<sup>2</sup> Marcel FONTAINE, « Les clauses de *hardship*- Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme ». *DPCI*, 1976, page 7, spéc., page 16.

<sup>3</sup> Civ. 6 mars 1876, *Dalloz* 1876, I, page 193, notes Antoine GIBOULOT ; *Sirey*, 1876, I, page 161.

<sup>4</sup> Civ. 4 août 1915, *Dalloz. Périodique*, 1916, I, page 22 ; Civ. 6 juin 1921, *Sirey* 1921, I, page 193 ; Com. 18 janvier 1950, *Dalloz*, 1950, page 227 ; Civ. 15 novembre 1933, *Sirey* 1934, I page 13 : « *la règle que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites est générale et absolue : en aucun cas, il n'appartient aux tribunaux de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et ils ne pourront davantage, sous prétexte d'une interprétation que le contrat ne rend pas nécessaire l'introduction dans l'exercice du droit constitué par les contractants, des conditions nouvelles, quand bien même le régime ainsi institué paraîtrait plus équitable à raison des circonstances économiques* ».

<sup>5</sup> Vincent HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, op. cit, page 315, n° 360.

obligations contractuelles aux changements de circonstance. C'est la raison pour laquelle, la majorité de la doctrine est sans doute favorable à l'admission non seulement de l'impossibilité de fait, mais également celle de nature économique.<sup>1</sup>

**49-** Si elle remet en cause la sécurité contractuelle, elle témoigne aussi d'un élargissement des pouvoirs des juges<sup>2</sup>. Elle met en évidence l'idée de René SAVATIER selon laquelle « *les règles de droit...reposent sur une donnée économique* »<sup>3</sup>. Il semble que le centre d'intérêt porté sur le contrat s'est déplacé de la formation vers l'exécution. Si la vente est toujours vue comme une source d'obligation, elle n'est plus cantonnée à ce niveau. L'idée consiste à considérer le contrat d'abord comme une valeur vénale voire comme un bien.<sup>4</sup> En adéquation avec cette donnée de l'école de Chicago, la théorie de l'imprévision propose de modifier le contrat de façon à « *soulager le cocontractant surchargé par les circonstances* ».<sup>5</sup> Le *hardship hardship* s'adapte donc aux faits qui perturbent l'équilibre économique du contrat à tel point que son exécution devient trop coûteuse pour l'une des parties, sans pour autant la rendre absolument impossible.

**50-** La métamorphose qu'a connue le droit des obligations<sup>6</sup> ces dernières années et la reconnaissance progressive de la théorie de l'imprévision<sup>7</sup> plaident en faveur d'un éventuel ajustement des obligations en cas de survenance d'un déséquilibre contractuel. « *Le juge du contrat n'est plus le spectateur passif de la querelle contractuelle, prisonnier d'un prétendu principe de l'autonomie de la volonté qui lui impose de respecter les termes de la convention et lui interdit de modifier le contenu, fût-ce pour rétablir entre les parties, un équilibre*

---

<sup>1</sup> Peter SCHLECHTRIEM, Claude WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, op. cit, page 254, n° 377 ; Pascal PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance, étude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse. (Article 119 CO et 79 CVIM)*, Éd. Universitaire Fribourg, Suisse 1997, page 404.

<sup>2</sup> Nicolas MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP. Éd. G*, 2015, page 1415.

<sup>3</sup> René SAVATIER, « Les aspects économiques du droit privé français au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle », *Rev. Économique*, 1953, n°1, page 115.

<sup>4</sup> Philippe REMY, « Droit des contrats : questions, position, proposition », in *Le droit contemporain du contrat*, Economica, Paris 1987, page 277 : « *chaque contrat représente une valeur économique, dont il faut à l'occasion modifier le contenu pour assurer le maintien de ses utilités essentielles ; que le contrat comme tous les biens est transférable et qu'il n'y a pas là atteinte à la force obligatoire du contrat ni à sa relativité, mais l'occasion de constater que ces vieux principes sont toujours souples, donc toujours vivants* ».

<sup>5</sup> Hugues BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE*. 2001, n°3, page 339.

<sup>6</sup> Ex. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF, n° 0035 du 11 février 2016, texte n°26.

<sup>7</sup> Ex. article 6 : 111 al. 2 PDEC : « *cependant, 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 qui est survenu après la conclusion du contrat, qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat, et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat* ».

*injustement rompu* »<sup>1</sup>. En harmonie avec cette évolution normative, une doctrine reconnue évoque la possibilité de faire appel à la théorie de l'imprévision dans le cadre de la pandémie du Covid-19, en précisant que « *dès lors que le contrat s'inscrit dans la durée, l'article 1195 devrait être applicable. Cela justifie que les parties à une promesse de contrat, promesse unilatérale ou promesse synallagmatique, puissent, si les conditions sont réunies, invoquer le mécanisme de l'imprévision* ».<sup>2</sup> La révision du contrat est une façon parmi d'autres de faire vivre le lien contractuel, au lieu de constater sa mort à la première difficulté que rencontre sa réalisation.

**51-** Au nom d'une certaine forme de justice contractuelle, il est possible de porter atteinte au principe d'intangibilité des conventions face à des bouleversements économiques. Aucun obstacle théorique ou juridique ne s'oppose à l'extension de la notion d'empêchement aux situations de *hardship*.<sup>3</sup> Cette intégration peut se faire de deux manières. La première technique se fonde sur l'article 7 alinéa 2 CVIM relative à l'interprétation de la Convention en présence d'une lacune interne. Lorsqu'une question relève de son domaine sans être tranchée par l'un de ses articles, la Convention doit être interprétée selon « *les principes généraux dont elle s'inspire* », ou à défaut conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé. Ce raisonnement a été avancé par une jurisprudence reconnue<sup>4</sup>. En vertu de l'article 7 alinéa 2 CVIM, la haute juridiction affirme que : « *conformément à ces principes, incorporés notamment dans les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, la partie invoquant un changement de circonstances qui a fondamentalement troublé l'équilibre contractuel...est en droit de demander une renégociation du contrat* ». Les juges ont admis qu'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat est une cause d'exonération au titre de l'article 79 CVIM. L'imprévision prend alors une connotation morale. En permettant d'écarter la sévérité du rejet de toute révision du contrat, elle poursuit un idéal d'équité. Le contrat serait appréhendé comme un instrument de justice sociale entre les individus contractants. Il a donc vocation à être révisé objectivement au moins lorsqu'un déséquilibre important se fait jour.

---

<sup>1</sup> Loïc CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre, in *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle. Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, Paris 2001, page 181.

<sup>2</sup> Mustapha MEKKI, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels », *op. cit.*, page 174.

<sup>3</sup> Avis n°7 du comité consultatif de la Convention de Vienne : « *un changement de circonstances qu'on ne pouvait pas raisonnablement escompter qu'il fût pris en compte et rendant l'exécution excessivement onéreuse (hardship), peut être qualifié d'empêchement au sens de l'article 79 (1)* ».

<sup>4</sup> Cass. Belge, 19 juin 2009, n° 07.0289, *op.cit.*, page 963.

La seconde technique est plus rarement mise à l'œuvre<sup>1</sup>. Elle se fonde sur l'article 9 alinéa 2 CVIM.<sup>2</sup> Cette disposition répute les parties s'être tacitement référées aux usages « *dont elles avaient connaissance* ». Elle consacre ainsi une règle qui s'impose avec la force de l'évidence : les parties sont normalement liées par les usages, lesquels prévaudront donc les dispositions éventuellement correspondantes de la Convention<sup>3</sup>. Personne ne peut nier que l'usage « *peut être un élément important dans l'appréciation par le tribunal des droits et devoirs créés par le contrat, que ce soit parce que sous une forme codifiée ou inexplicité, ils ont été tacitement incorporés au contrat, ou parce qu'ils ont été reçus par la loi nationale compétente* ». <sup>4</sup> La pratique des clauses de *hardship* est si répandue, qu'elle pourrait constituer aussi un usage dérogatoire à l'article 79 CVIM. Parce de telles clauses ajoutent à ce texte des effets qu'il ne prévoit pas et que cette dernière perspective d'intégration est encore incertaine, l'acceptation compréhensive de l'article 79 CVIM demeure opportune.

## **Partie II**

### **Le déni de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité**

**52-** Aux termes du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 79 CVIM, un évènement ne peut donner un effet exonératoire que s'il est imprévisible et insurmontable pour le débiteur. Le nœud de la question est de déterminer si la pandémie est prévisible pour un professionnel ? **(A)** Et si elle est aussi résistible ou surmontable. **(B)**

#### **A. La prévisibilité de la pandémie**

**53-** La prévisibilité est définie comme étant « *ce que l'on peut normalement prévoir et qui doit être raisonnablement prévu* ». <sup>5</sup> Il s'agit d'une prévision raisonnable, c'est-à-dire de ce qu'un homme normal placé dans les mêmes circonstances pouvait envisager, sans excès de pessimisme ou d'optimisme. Dans le cadre d'un contrat, la prévision serait l'action par laquelle l'intelligence va tenter de saisir les causes commandant l'évolution d'une situation à partir de son état présent. La pandémie devrait être considérée comme un évènement

---

<sup>1</sup> Peter SCHLECHTRIEM, Claude WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, op.cit, page 66, n°89.

<sup>2</sup> Article 9 alinéa 2 CVIM : « *sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international est largement connu et régulièrement observé par les parties de même type dans la branche commerciale considérée* ».

<sup>3</sup> Vincent HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, op. cit, page 95, n°98.

<sup>4</sup> Jan PAULSSON, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI », *Rev. Arbitrage* 1990, page 55, spéc., page 70.

<sup>5</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit, page 703.

prévisible pour des contractants raisonnablement avertis. Pour la prévoir, ils peuvent se référer aux données historiques, (1) Pour l'appréhender ils font appel aux aménagements contractuels. (2)

### 1- La prévisibilité objective

54- Peut-on qualifier la pandémie comme étant un évènement imprévisible au moment de la formation du contrat ? Pour certains, la condition de l'imprévisibilité devrait être considérée comme remplie si la vente a été conclue avant l'apparition de l'épidémie ou à tout le moins avant l'information du public quant à l'ampleur qu'elle pouvait prendre<sup>1</sup>. L'imprévisibilité de l'évènement qualifié d'empêchement s'apprécie au jour de la conclusion du contrat. Pour le coronavirus, si la question ne se pose pas pour des contrats anciens, il faudra s'interroger sur le moment à partir duquel l'intervention de la pandémie sur le contrat de vente aura pu être anticipée : à partir du moment où l'épidémie a commencé en Chine ? De celui où elle est arrivée au pays de l'établissement du vendeur ? À compter de la date à laquelle l'OMS en a fait une pandémie ? Depuis longtemps, la jurisprudence apprécie la question de manière relative. Le fait que des crises sanitaires d'une ampleur ou d'une nature proche aient déjà existé dans le passé n'est sans doute pas de nature à exclure le caractère imprévisible de l'évènement. Plusieurs arguments sont avancés à ce niveau : d'abord, il s'agit d'une maladie nouvelle inconnue chez l'homme. Plus encore, la vitesse et l'ampleur de sa propagation au niveau mondial semblent tout à fait extraordinaires.

55- La survenance d'une maladie quelle qu'en soit la cause ne confère pas donc automatiquement aux contractants le droit à l'exonération. Un défrichage sommaire des différentes tribunes de journaux ces dernières années permet de se rendre compte sans risque de se tromper que l'humanité connaît davantage de crises sanitaires que par le passé. À l'orée de ce XXI<sup>ème</sup> siècle pas moins de trois épidémies majeures ont vu le jour à travers le monde<sup>2</sup>. Les études permettent de mettre en évidence des relations de dépendance entre des faits et des évènements. Un opérateur économique devrait donc normalement prendre tous ces précautions pour éviter leurs répercussions. Un regard rétrospectif permet d'affirmer que des crises sanitaires le monde a déjà connu<sup>3</sup>. Les statistiques montrent qu'elles sont en nette progression. Certes, la nature du virus et l'ampleur de l'épidémie varient selon les cas

---

<sup>1</sup> Julia HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *op. cit.*, page 612.

<sup>2</sup>SARS en Chine en 2002, H1N1 en 2009, Ébola en Afrique de l'ouest en 2013.

<sup>3</sup> Charlotte COLLIN, « Le coronavirus : une crise à précédents pour l'union européenne », *Rev. de l'Union européenne*, mai 2020, n°638, page 290.

d'espèce. Mais, « dans l'absolue, presque tout est prévisible, même les pires catastrophes »<sup>1</sup>. Les épidémies font désormais partie du paysage<sup>2</sup>. Un professionnel raisonnablement consciencieux devrait en tenir compte, comme il a l'habitude de prendre en considération les autres phénomènes naturels.

56- La jurisprudence existante en matière de maladie et d'épidémie va dans le sens de l'exclusion de l'exonération, car l'élément de l'imprévisibilité fait défaut<sup>3</sup>. Ainsi, le bacille de la peste<sup>4</sup>, les épidémies de grippe H1N1<sup>5</sup>, le virus de la dengue<sup>6</sup> ou encore celui du chikungunya<sup>7</sup> n'ont pas été jugés comme des crises sanitaires constitutifs d'évènement ayant un effet exonératoire. De manière synthétique, dans ces précédents cas, les juges ont considéré soit que les maladies étaient connues<sup>8</sup>, de même que leurs risques de diffusions et effets sur la santé, soit qu'elles n'étaient pas assez mortelles. Ils ont donc écarté qu'elles puissent être invoquées pour refuser d'exécuter un contrat<sup>9</sup>. En appuyant cette position jurisprudentielle, certains affirment que « le débiteur répond également d'un empêchement se situant hors de sa sphère d'influence dès lors qu'il aurait pu raisonnablement le prévoir lors de la conclusion du contrat ou que cet empêchement existerait déjà à ce moment alors qu'il le connaissait ou était en mesure de le connaître, dans ces cas l'empêchement aurait dû être pris en considération lors de la conclusion du contrat ».<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Suzanne CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> édition, Paris 2013, n°399.

<sup>2</sup> Didier RAOULT, « Épidémie et maladie infectieuses dans l'histoire », *Les cafés histoire- actualité*, 18 mars 2006, page 3 et *suiv.*

<sup>3</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 16957، مؤرخ في 25 افريل 1989، تشريعية محكمة التعقيب، 1989، عدد 1، ص. 149 : " حيث ان القوة القاهرة او الامر الطارئ التي اعتبرها المشرع سببا اجنبيا اذا توفر انعدمت منه العلاقة السببية بين الضرر و الخطا و ترتب على ذلك اعفاء المدينة من تنفيذ الالتزام ( التعاقدى او القانونى) او وقفه حسب الاحوال، و هي الحادث الذي لا يمكن توقعه و يستحيل دفعه فاذا امكن توقعه و لو استحال دفعه لم يكن قوة القاهرة و لا امرا طارئا و ان امكن دفعه و لو استحال توقعه لم يكن قوة القاهرة"

<sup>4</sup> Paris, 25 septembre 1996, RG n° 1996/08159, *op.cit.*

<sup>5</sup> Besançon, 8 janvier 2014, RG n° 12/0229, *op. cit*

<sup>6</sup> Nancy, 22 novembre 2010, n°09/00003, *op.cit.*

<sup>7</sup> Basse-Terre, 17 décembre 2018, n°17/00739, *Inédit.*

<sup>8</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 25835، مؤرخ في 19 فيفري 1990، تشريعية محكمة التعقيب لسنة 1990، ج. عدد1، ص. 88 : " ان تقدم المؤجر في السن و صريرورته عاجزا عن تسيير المؤسسة لا يعتبران قوة القاهرة او امرا طارئا و انما يعدان اسباباغ فنية تدعو الى ايقاف العمل بالمؤسسة".

<sup>9</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 septembre 2019, Pourvoi n° 18-18.921, LPA, 7 janvier 2020, n°5, page 15, notes Stanislas BARRY : « mais attendu qu'ayant souverainement retenu, sans inverser la charge de la preuve, que M. D. ne démontrait pas que les informations sur son état de santé présentaient un caractère imprévisible ou brutal et qu'il n'avait pas connaissance lors de la signature du compromis de vente, d'un problème cardiaque, qu'il pouvait organiser le déménagement de son immeuble compte tenu de la date à laquelle le diagnostic avait été posé et mandater quelqu'un pour signer la réitération de la vente et que le caractère irrésistible consistant en une impossibilité d'exécution n'était pas davantage établi, la Cour d'appel a pu déduire de ces seuls motifs que les caractéristiques de la force majeure n'étaient pas réunies et que M. D qui n'avait pas respecté l'obligation prévue au contrat devait être condamné au paiement de la clause pénale ».

<sup>10</sup> Peter SCHELCHTRIEM, Claude WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, *op. cit*, page 251, n°372.

**57-** La prévisibilité de l'évènement est la poutre maîtresse du dispositif exonératoire<sup>1</sup>. Si la pandémie est qualifiée de la sorte, l'exonération a de forte chance d'être admise. L'appréciation de l'imprévisibilité dans le cadre de la vente internationale de marchandises doit se faire en se plaçant dans la situation d'un professionnel normalement diligent qui évalue de façon raisonnable la probabilité de réalisation des obstacles à l'exécution qui risquent de se produire. L'empêchement au sens de l'article 79 alinéa 1<sup>er</sup> CVIM est un évènement que la partie en défaut ne pouvait raisonnablement prendre en considération au moment de la conclusion du contrat. L'utilisation du terme « raisonnable » allège considérablement l'approche par rapport aux critères retenus en droit interne. Le système mis en place semble être donc plus souple<sup>2</sup>. Dans ces conditions, devra être considéré comme imprévisible l'empêchement dont l'éventualité était si faible qu'elle pouvait être négligée.<sup>3</sup> À l'opposé ne constituent pas des obstacles imprévisibles la défaillance d'un fournisseur<sup>4</sup> ou l'ignorance des normes sanitaires dans le marché visé.<sup>5</sup> De même, si le contrat a été conclu ou renouvelé après l'apparition de la pandémie, la condition d'imprévisibilité ne sera pas considérée comme remplie.<sup>6</sup> Les différentes conditions étant cumulatives, l'empêchement ne pourra pas être invoqué.

**58-** Si les épidémies ont toujours été écartées de la catégorie des phénomènes imprévisibles, quand-est-il du Covid-19 ? Nul doute que la pandémie est un évènement inédit. Sa qualification en tant qu'empêchement au sens de l'article 79 CVIM est tributaire de plusieurs facteurs. C'est la raison pour laquelle, la doctrine plaide en faveur d'une approche au cas par cas.<sup>7</sup> On peut doré et déjà placer le contrat dans un cadre temporel précis, encore faut-il se fixer sur la date à prendre en considération : le 30 janvier 2020, date de la déclaration émise

---

<sup>1</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 16957، مؤرخ في 25 افريل 1989، الن. 1989، عدد 1، ص 149.

<sup>2</sup> Mostafa Fahim NIA, *La livraison et la conformité dans la vente internationale. Étude comparative de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 et du droit français des ventes internes*, op. cit, page 359, n° 307.

<sup>3</sup> Vincent HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, op. cit, page 424, n° 470.

<sup>4</sup> Poitiers, 24 février 2012, RG n° 11/02200, *Inédit*. La Cour d'appel a jugé que pour le débiteur importateur de masques, le fait que la marchandise ait été bloquée en douane en raison d'un défaut de conformité des masques concernés au regard de la norme applicable n'est pas constitutif d'une force majeure ou d'une cause exonératoire « *dès lors qu'il lui appartient de choisir un fournisseur fiable et de vérifier que les masques allaient être fabriqués en respectant toutes les exigences normatives annoncées dans la référence des produits vendus* ».

<sup>5</sup> Arrondissementsrechts bank's Hertogenbosh, Pays-Bas, 2 octobre 1998, *op.cit.* ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 octobre 2008, Pourvoi n° 07-17.134, *Bull. Civ.* 2008, I, n°243. Selon la Cour « *seul un évènement présentant un caractère imprévisible, lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution est constitutif d'un cas de force majeure* ».

<sup>6</sup> Saint-Denis de la Réunion, 29 décembre 2009, RG n° 0/02114, *Inédit*. L'épidémie de chikungunya qui a débuté en janvier 2006, n'était pas imprévisible au moment de la conclusion du contrat en juin de la même année.

<sup>7</sup> Bruno ANCEL, « Les contrats français et américains face au Covid-19 ; un futur nimbé d'incertitude ? », *op.cit.*, page 217 ; Mostapha MEKKI, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », *op.cit.*, page 170.

par l'OMS qui considère la flambée épidémique remplit les critères d'une urgence de santé publique de portée internationale, ou celle du 11 mars 2020 qui qualifie la crise sanitaire de pandémie ? L'imprévisibilité sur laquelle est fondé l'effet exonératoire de l'empêchement dépend substantiellement de la date de la conclusion de la vente et des circonstances qui ont entourées le processus contractuel. L'imprévisibilité de l'évènement s'apprécie au jour de la conclusion du contrat<sup>1</sup>. Si la question ne se pose pas pour les contrats anciens, il faudra s'interroger sur le moment à partir duquel l'impact de la pandémie sur la vente aura pu être anticipée et donc des mesures prises en conséquences. Il faut mentionner que le cadrage temporel ne se limite pas uniquement à la conclusion du contrat initial. En cas de renouvellement ou de tacite reconduction, c'est à cette date où un nouveau contrat est conclu que le caractère imprévisible doit être apprécié. Que l'on songe à un contrat conclu le 10 mai 2018 et renouvelé le 10 mai 2020, le Covid-19, ses conséquences ne peuvent manifestement pas être considérées comme un évènement raisonnablement imprévisible. Un auteur a souligné qu'il faudrait prendre en considération « *le moment auquel à la fois l'existence et l'ampleur de l'épidémie ont été portées à la connaissance des contractants ou ne pouvaient l'ignorer* ». <sup>2</sup> En d'autres termes, c'est la date du 11 mars 2020 qu'il faut prendre en compte.

## **2.- La prévisibilité contractuelle**

**59-** Le contrat représente « *la tentative 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* ». <sup>3</sup> Le contrat instrument de domination, voire d'appropriation du futur<sup>4</sup>, par la prévision est érigée en instrument de puissance. L'idée est communément admise<sup>5</sup>. Pour gérer l'imprévu, les outils du droit sont multiples. En vue d'ordonner autant que faire se peut cette boîte à outils contractuels, il est possible de distinguer entre les mécanismes préventifs **(a)** et les aménagements curatifs. **(b)**

---

<sup>1</sup> Pascale GUIOMARD, « La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts », *Dalloz, actualité*, 4 mars 2020. L'auteur affirme que pas d'exonération « *lorsque l'épidémie préexiste au contrat* ».

<sup>2</sup> Julia HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *op.cit.*, page 611.

<sup>3</sup> Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, 2<sup>ème</sup> édition, L. Tenin, Paris 1916, page 201.

<sup>4</sup> Jean-Marc TRIGEAUD, « Promesse et appropriation du futur », in *Le droit et le futur*, Travaux et recherches de l'Université de Droit, économie et de sciences sociales de Paris, PUF, 1985, page 63.

<sup>5</sup> Hervé LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges en hommage à François TERRÉ, L'avenir du droit*, Dalloz, Paris 1999, page 643.

### a. Les mécanismes préventifs

**60-** L'évolution du droit de la vente amorcée depuis une trentaine d'année, a fait évoluer la perception des rapports juridiques. Le contrat constitue désormais « *un microcosme, une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun absolument comme dans la société civile ou commerciale* ». <sup>1</sup> Il n'est plus ce rapport entre des intérêts antagonistes, dans lequel les parties se livrent à un combat sanglant sans merci. Un auteur a pu souligner que le devoir d'information est « *l'une des manifestations les plus éclatantes du devoir imposé à chaque contractant de sortir de son intérêt égoïste et de contribuer, bon gré mal gré, à celui de son partenaire* » <sup>2</sup>. Le droit uniforme de la vente instaure un climat de coopération et d'entraide. La question de la morale contractuelle permet de saisir le substrat idéologique duquel s'est exhumé le devoir d'information tel que les auteurs de la Convention ont envisagé. Une lecture sommaire des différentes dispositions du traité nous permet de déceler à plusieurs reprises, la présence des incitations à la transmission des informations <sup>3</sup>.

**61-** La bonne foi, la loyauté et la coopération sont le leitmotiv du commerce. La possession de l'information utile peut appartenir à quiconque. <sup>4</sup> La communication des renseignements par l'un des contractants est un reflet authentique de l'obligation de coopération. <sup>5</sup> Dans le cadre d'un rapport commercial international, cet échange est primordial pour le succès de l'opération. La relation contractuelle doit donc non seulement être menée avec probité, mais elle exige aussi davantage de transparence. Elle serait le résultat naturel de l'application de principe de bonne foi. <sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, Paris 1923, page 2.

<sup>2</sup> Muriel FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP*. Éd. G, 20 juin 2016, n° 25, page 706.

<sup>3</sup> Article 35 alinéa 2(b) CVIM : « *elles sont propres à tout usage spécial qui a été porté expressément ou tacitement à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat...* ».

<sup>4</sup> Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Cours de droit civil : Les contrats spéciaux, civils et commerciaux*, op.cit, page 204, n° 45 : « *le vendeur doit informer l'acheteur de ce qu'il sait et informer l'acheteur sur ce que celui-ci désire ; réciproquement, l'acheteur doit informer le vendeur de ce qu'il désire et des difficultés et interroger le vendeur sur ce que celui-ci sait* ».

<sup>5</sup> François COLLART-DUTILLEUL, Philippe DELBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op.cit, page 185, n° 218.

<sup>6</sup> Sentence arbitrale CCI n°5953/1989, *JDI*. 1990, page 1056, spéc., page 1060 : « *certaines principes relèvent de la morale naturelle, puisque aussi bien si les affaires ne sont pas soumises à toutes les exigences de la morale, elles ne peuvent cependant échapper aux normes éthiques qui constituent le fondement de la vie en société, et ont alors une valeur de droit positif universellement reconnue, notamment dans le commerce international...parmi ces principes, le plus général est sans doute celui de la bonne foi. Cette exigence fondamentale de bonne foi se trouve dans tous les systèmes de droit, qu'il s'agisse des droits nationaux ou du droit international. La bonne foi qui est toujours présumée, doit présider à la négociation des contrats et à leur interprétation comme à leur exécution. La doctrine est unanime et les sentences publiées qui sont la source de droit privilégiée des arbitres le confirment, sans exception* ».

**62-** L'obligation d'informer loyalement le cocontractant est clairement défini comme la condition d'une juste détermination du consentement et elle apparaît comme la mise en œuvre d'un principe général de bonne foi à la connotation clairement moralisante. Les informations relatives aux épidémies, aux catastrophes naturelles, aux mouvements sociaux et au fait du prince doivent donc être collectées par tout professionnel en vue de conquérir de nouveaux marchés. Il les transmettra à son partenaire afin de l'aider dans son choix. Certaines informations sont accessibles à tous, d'autres nécessitent des diligences particulières. Peu importe leurs sources, toutes les données pertinentes susceptibles d'avoir un impact direct sur l'exécution de la vente devraient être partagées entre tous les intervenants. Ce mécanisme permet aux contractants de prédire l'avenir et d'adapter leurs obligations en conséquence. Seuls les événements inopinés échappent à ce procédé de prévention, c'est le cas des séismes, des tsunamis ou encore des éruptions volcaniques.

#### **b. Les aménagements curatifs**

**63-** Un événement imprévu mais prévisible pourrait-il être retenu comme élément déclencheur du mécanisme d'exonération ? Invoquer la force majeure ou la théorie de l'imprévision au XXI<sup>ème</sup> siècle a-t-il encore du sens ? Pour contrer les aléas du transport et les phénomènes naturels, les opérateurs économiques ont envisagé plusieurs mécanismes contractuels. Deux sont fréquemment utilisés dans le cadre des ventes internationales de marchandises : les clauses de force majeure et les clauses de *hardship*. En effet, jusqu'à la moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, la souscription d'une police d'assurance constituait le moyen privilégié par lequel les opérateurs économiques choisissent de se prémunir contre les risques de pertes occasionnées par l'exercice de leurs activités. Ce concept issu des sciences de gestion consiste à analyser au préalable et de façon globale, l'ensemble des risques qui pourront éventuellement affecter le commerce international. L'objectif consiste à supprimer ou à minimiser leur impact par l'octroi d'un financement au moindre coût, tout en évitant la mise en péril l'activité en question. À cette technique succèdera une phase de décision. On dit du contrat qu'il a pour fonction principale de résoudre un problème économique auquel doivent faire face les parties ; qu'il a pour effet d'inscrire dans la durée une opération économique donnée<sup>1</sup>.

**64-** L'outil contractuel permet d'appréhender l'imprévisible. Pour ce faire, il faut cesser de percevoir le contrat comme un espace rigide et immuable. Insister sur sa souplesse, sa fluidité et son adaptabilité s'avèrent plus appropriés. L'aménagement contractuel de la force majeure

---

<sup>1</sup> Jean-Marc MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *op.cit.*, page 481.

est une technique contractuelle ayant pour objet l'appréciation et l'attribution du risque de l'inexécution fortuite du contrat.<sup>1</sup> Dans la pensée commune, la clause de force majeure exclut toute responsabilité. En réalité, elle pourrait avoir deux objets distincts<sup>2</sup>. D'une part, certaines clauses tempèrent la rigueur des critères légaux pour qualifier les cas de force majeure, au profit d'une approche relativiste et raisonnable plus adapté aux impératifs du commerce. Elles traitent ainsi de la problématique de l'équilibre contractuel dans les contrats de longue durée, notamment les ventes à livraisons successives. Dans ce registre, elle peut être qualifiée de clause de réadaptation, car elle vise dans la plupart des cas « à assurer la continuité de la convention et à adapter celle-ci à la situation créée par la survenance de l'évènement exonératoire »<sup>3</sup>. D'autre part, ces conventions aménagent l'effet libératoire et extinctif de la force majeure de droit commun sur le contrat. Elle consacre le principe de la subsidiarité de l'effet libératoire de la force majeure et donnent la priorité à son effet suspensif. Cette inversion des fonctions traditionnelles de la force majeure dans le contrat met ces clauses résolument au service du maintien du contrat et hisse ces aménagements parmi les clauses d'adaptation générale du contrat.

**65-** À côté de la clause de force majeure, les professionnels ont élaboré un autre mécanisme issu du droit maritime. Les contractants ont constamment été aux prises avec l'instabilité et la très grande diversité des systèmes juridiques, politiques et économique des États. À cela s'ajoute depuis peu la nécessité de faire face à une pandémie. Dans ce contexte en perpétuel mouvement, la pérennité des engagements contractuels se trouve mise à rude épreuve. Les circonstances qui ont présidé à leur conclusion évoluent continuellement et connaissent des bouleversements susceptibles de remettre en cause leur existence. Pour faire face à ces différents phénomènes, la clause de d'adaptation, de révision ou de dureté<sup>4</sup>, connue dans les écrits de la CCI comme la clause *hardship* permet d'adapter le contrat aux circonstances nouvelles. Ce mécanisme est surtout utilisé dans le cadre des contrats à long termes, car ces dernières sont d'autant plus vulnérables aux changements de circonstances que leurs effets s'étalent dans le temps.

**66-** Définie comme la 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

---

<sup>1</sup> Marcel FONTAINE, Filip DE LY, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, 2<sup>ème</sup> édition, Bruylant& FEC, 2003, page 715.

<sup>2</sup> Mathieu POURMAREDE, « La clause de force majeure dans les contrats de construction », *RDI*. Octobre 2017, n° 10, page 456.

<sup>3</sup> Bruno OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *JDI*. 1974, page 794, spéc., page 797.

<sup>4</sup> Marcel FONTAINE, « Les problèmes du long termes », *op.cit*, page 143.

regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur injuste<sup>1</sup>, la clause de *hardship* vise à « régler les conséquences de modifications fondamentales et profondes des conditions économiques qui se traduisent par un bouleversement de l'équilibre du contrat ».<sup>2</sup> Cette pratique internationale s'est forgée indépendamment de la reconnaissance de l'imprévision par les différents systèmes juridiques. Son succès est dû principalement au fait qu'elle offre aux parties la stabilité et la sécurité dont elles ont besoin. L'exécution des contrats présente une importance primordiale non seulement pour les protagonistes en raison des intérêts en jeu, mais aussi pour les États dont les contractants sont les ressortissants. Les nouvelles figures que la pratique contractuelle internationale propose à la réflexion des juristes infirment sensiblement le schéma contractuel classique, qui repose sur l'idée que le contrat traduit la conciliation des intérêts opposés de deux personnes et se trouve dès lors doté d'une stabilité dans le temps et d'une force obligatoire à l'égard des parties. En présence d'une clause *hardship*, l'approche est radicalement différente. Rien n'est définitif.<sup>3</sup> Tout peut être remis en cause et les parties elles-mêmes intègrent les changements dans l'économie de leur contrat.<sup>4</sup>

**67-** En général, une clause de *hardship* se compose de deux parties. Dans la première partie, elle énonce ses conditions d'application. Autrement dit, elle définit la notion de *hardship*. Les parties peuvent notamment préciser les événements qui peuvent constituer un motif pour demander une renégociation. Pour ce faire, elles peuvent se référer, soit aux définitions légales<sup>5</sup>, soit établir une liste d'événements qui seraient pour eux un motif de renégociation. Encore faut-il que ces clauses soient non seulement claires, mais complètes et que les conditions soient licites. Pour être utile, la clause de *hardship* doit être formulée de manière

---

<sup>1</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit, page 445 : « espèce de clause de révision ou d'adaptation en usage dans les contrats internationaux, encore nommée clause de sauvegarde ou de renégociation 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 ».

<sup>2</sup> Pierre VAN OMMESLAGHE, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux », *RIDC*. 1980, page 10

<sup>3</sup> Art.6 :111 alinéa 2 PDEC : « 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 pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances ».

<sup>4</sup> Georges RIPERT, « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux. (Contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au statut de la Cour permanente de justice internationale », *Rec. Cours* 1933, II, page 569, spéc., page 607.

<sup>5</sup> Ex. art.6.2.2 Principes UNIDROIT, op.cit, page 227 : « il y a *hardship* lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée auprès la conclusion du contrat, que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ; que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée ».

suffisamment limpide en permettant d'identifier les paramètres pouvant conduire à une remise en cause de l'accord initial<sup>1</sup>.

**68-** L'actualité récente met en relief toute la pertinence du *hardship*. Pensons-nous notamment à la pandémie du Covid19 en premier, sans oublier les autres épidémies, les révolutions, les guerres civiles, les crises économiques ou les catastrophes naturelles et industrielles. Tous ces événements qui se sont déroulés durant les vingt dernières années ont eu des répercussions sur l'économie mondiale. La vente internationale de marchandises représente la forme juridique la plus aboutie d'une organisation de l'activité économique. Elle ne repose pas simplement sur des transactions de marché. Il s'agit plus spécialement pour les agents économiques de bâtir un cadre pour l'exercice de leur profession. Ce cadre-là doit par conséquent se perpétuer. Par la conclusion d'une vente, les parties veulent mettre la normativité juridique issue de la Convention au service de la réalisation de leurs projets économique. Autrement dit, il est essentiel que les contrats internationaux ne constituent pas des exceptions au regard du principe de la force obligatoire du contrat. En même temps, les ventes internationales ont besoin de pouvoir être révisés. Rétablir l'équilibre contractuel parce que les circonstances dues à la pandémie ont transformé l'équilibre d'hier en déséquilibre aujourd'hui est indispensable pour la fluidité des échanges. La nature internationale de la vente permet de concilier force obligatoire et révision pour imprévision. En suivant cette analyse, on comprend pourquoi le principe de l'admission de la révision pour imprévision appliquée à la vente internationale de marchandises serait de nature à protéger adéquatement les droits des contractants sur le contrat auquel elles sont parties. Dans un régime de libre-échange, la liberté contractuelle a naturellement vocation à occuper le plus d'espace possible. Les parties auront le libre choix de fixer le contenu de l'engagement en termes d'objectif et de finalité. Le souci d'insérer de telles clauses dans les contrats internationaux de longue durée procède d'une logique conforme à une approche plus globale, celle de la gestion des risques encourus par les contractants dans l'exercice de leurs activités. Certains juristes ont prétendu que le principe de la révision devrait être admis comme un principe général et que le contrat n'est en lui-même respectable qu'en tant qu'il concourt à l'utilité commune<sup>2</sup>. Ce sont là des principes nouveaux qui sont loin d'être reconnus par toutes les nations.

---

<sup>1</sup> Pierre MOISAN, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision », *Cahiers du droit*, 1994, vol.35, n°2, page 281, spéc., page 323. : « en cas de survenance d'événements imprévisible ou exclus par les prévisions qu'ont admises les parties, et pour autant que ces événements aient pour effet de bouleverser les bases économiques de la présente convention au préjudice de l'une ou l'autre des parties, celles-ci auraient à se mettre d'accord pour y apporter les aménagements nécessaires ».

<sup>2</sup> Georges RIPERT, « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux », *op. cit.*, page 603.

## B. La résistibilité de la pandémie

69- L'irrésistibilité implique une appréciation du comportement de l'individu pendant la réalisation de l'évènement. En pratique, la démonstration de l'irrésistibilité est extrême ardue<sup>1</sup>. Il faut que la personne concernée ait été dans l'impossibilité d'agir autrement qu'elle l'a fait.<sup>2</sup> La doctrine recourt à la notion d'évènement inévitable ou insurmontable. En se référant à cette définition, peut-on dire que la pandémie du Covid-19 est un évènement irrésistible ? La réponse est tributaire de plusieurs paramètres. Il faut de prime abord distinguer entre les mesures prises contre le virus et sa propagation (1) et celles pour lutter contre ses conséquences économiques. (2)

### 1- La maîtrise de la crise sanitaire

70- « Surmonter » signifie prendre les mesures nécessaires pour éviter les conséquences de l'obstacle. Pour qu'une partie en défaut remplisse les conditions d'exonération fixées au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 79 CVIM, l'inexécution doit être due à empêchement tel que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de cette partie qu'elle le prévienne, ni qu'elle surmonte ou en surmonte les conséquences. Le caractère irrésistible d'un évènement dans le cadre contractuel se traduit par l'impossibilité pour le débiteur d'exécuter l'obligation principale du contrat. Elle doit être totale et définitive. Ainsi, si l'évènement est insurmontable, le débiteur est exonéré de toute responsabilité<sup>3</sup>. Dans le contexte de la pandémie, le critère de l'irrésistibilité se présente comme le point épineux des contractants cherchant à s'exonérer de leur obligation. Effectivement, pour que le critère d'irrésistibilité soit retenu, l'exécution de l'obligation contractuelle doit avoir été rendu impossible par l'évènement en question. Or, pour les choses fongibles, les juridictions ont traditionnellement et constamment jugé que le débiteur d'une telle obligation ne peut s'en exonérer en invoquant un cas de force majeure.<sup>4</sup> Dans un arrêt en date du 5 novembre 2020, la Cour d'appel de Grenoble, appréhende le critère de l'irrésistibilité de manière surprenante en retenant qu'il « *n'est pas justifié par l'intimée de difficultés de trésorerie rendant impossible l'exécution de son obligation de payer les loyers.*

---

<sup>1</sup> Mélody PAGES, Sarah TORRENT, « Covid-19 : exigibilité des loyers commerciaux », *D.* actualité, 4 décembre 2020.

<sup>2</sup> Jean RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Rousseau, Paris 1920, page 137 : « un évènement irrésistible est un évènement supérieur aux forces de l'homme qui l'affronte ».

<sup>3</sup> Com. 16 mars 1999, *Cont. Conc. Cons.* 1999, n°86, obs. Laurent LEVENEUR : « à l'impossible nul n'est tenu ».

<sup>4</sup> Com. 16 septembre 2014, Pourvoi n°13-20.306, *D.* 2014, page 2217, note Jérôme FRANCOIS ; *RTD.Civ.* 2014, page 890, obs. Hugo BARBIER. *Rev. des sociétés*, 2015, page 23, note Christophe JUILLET.

*Cette épidémie n'a pas ainsi d conséquences irrésistible* »<sup>1</sup>. Un raisonnement à contrario laisse penser que la Cour refuse l'application de la force majeure pour se soustraire à une obligation de paiement que de manière circonstanciée et qu'en ce que le preneur n'a pas démontré son impossibilité de payer les loyers.

**71-** La jurisprudence a pu ainsi conclure que lorsque la maladie du débiteur est invoquée pour justifier son inexécution, la condition de l'irrésistibilité est remplie.<sup>2</sup> Il en ira de même lorsqu'une décision émanant d'une autorité étatique empêche l'exécution de la prestation.<sup>3</sup> Dans les autres situations, il faudra raisonner au cas par cas en fonction du contexte et de la réaction du débiteur face à la survenance de l'évènement ou lorsque sa réalisation est devenue prévisible

**72-** Les tribunaux se livrent à une appréciation *in concreto* de l'irrésistibilité en recherchant si l'évènement a engendré ou non pour le sujet une impossibilité d'exécuter l'obligation ou d'éviter la réalisation du dommage et en vérifiant si un professionnel raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait pu résister et surmonter l'obstacle. L'attention doit être concentrée sur le comportement de la partie défaillante<sup>4</sup>. La base de référence est la même que pour l'imprévisibilité, c'est-à-dire une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. La question est résolue de longue date lorsque la maladie du débiteur l'empêche effectivement de fournir la prestation. C'est ainsi que la jurisprudence a pris en compte le fait que l'incapacité physique résultant de l'infection et de la maladie grave survenues après la conclusion du contrat présentait un caractère imprévisible et que la chronologie des faits ainsi que les attestations relatant la dégradation brutale de l'état de santé du débiteur faisaient la preuve d'une maladie irrésistible.<sup>5</sup> L'évolution récente de la jurisprudence tend d'ailleurs à faire de l'irrésistibilité de l'évènement le critère sinon unique, du moins central du dispositif exonératoire. Dans un arrêt en date du 9 mars 1994, les juges de la Cour de cassation française ont pu conclure que : *« l'irrésistibilité de l'évènement est, à elle seule, constitutive de la force majeure, lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en empêcher les effets »*.<sup>6</sup> En matière de pandémie, la rigueur dont la jurisprudence fait preuve

<sup>1</sup> Grenoble, 5 novembre 2020, RG n° 16/04533, *D.* actualité, 4 décembre 2020.

<sup>2</sup> La maladie du débiteur a déjà été reconnue à plusieurs reprises comme un cas de force majeure. Cass. Plén. 14 avril 2006, Pourvoi n° 02.11.168, *Bull. ass. plén.* 2006, page 9, n°5 ; *Dalloz* 2006, page 1566, note Patrice JOURDAIN ; *RTD.Com.* 2006, page 904, obs. Bernard BOULOC.

<sup>3</sup> Tel qu'un arrêt ou un décret annulant la tenue d'un évènement, l'interdiction de voyager dans certains pays, ou le respect des mesures de confinement obligatoire de personnes ou de marchandises.

<sup>4</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 14549، مؤرخ في 20 فيفري 1986، نشريّة محكمة التعقيب لسنة 1986، ج. عدد 1، ص. 256.

<sup>5</sup> Ass. Plén. 14 avril 2006, Pourvoi n° 02-11.168, *Bull. Ass. Plén.* 2006, page 9, n°5.

<sup>6</sup> Civ.1<sup>ère</sup>, 9 mars 1994, Pourvoi n° 91-17.459, *JCP.* Éd. G, I, n° 3773, spéc., n°6, obs. Geneviève VINEY ; Com. 1<sup>er</sup> octobre 1997, Pourvoi n° 95-12.435, *Bull.* 1997, n°240 ; *Dalloz* 1998, somm., page 1999, obs. Philippe DELBECQUE.

dans l'appréciation du caractère irrésistible de l'évènement constituera probablement le principal obstacle à la reconnaissance de cette crise comme étant un empêchement au sens de l'article 79 CVIM. En cas de maladie, la jurisprudence considère que l'irrésistibilité est acquise uniquement si le contrat n'est pas en mesure d'être exécuté par un tiers qui viendrait se substituer au débiteur empêché<sup>1</sup>. Le débiteur doit démontrer qu'il était le seul à pouvoir exécuter le contrat.<sup>2</sup> En l'état, la jurisprudence pourrait considérer que le débiteur atteint d'une forme grave du Covid-19 ne justifie pas son caractère irrésistible dès lors qu'il pouvait se substituer pour réaliser la prestation un salarié, ou un tiers.

**73-** Il se peut qu'un évènement soit irrésistible bien que l'évènement ait été normalement prévisible, lorsque sa réalisation ou ses effets sont inévitables en dépit des précautions nécessaires qui ont été prises. L'appréciation de cette condition doit être effectuée par comparaison avec le comportement d'un professionnel raisonnable en tenant compte de toutes les circonstances concrètes qui caractérisaient la situation dans laquelle se trouvait le débiteur. Il appartiendra donc au juge de fond de déterminer au cas par cas, si l'empêchement invoqué par ce dernier mérite d'être véritablement regardé comme raisonnablement insurmontable. Pour ce faire, il doit constater « *qu'à aucun moment le débiteur n'ait pu en triompher, soit en empêchant la survenance de l'évènement qui l'a provoquée, soit en résistant à ses conséquences* »<sup>3</sup>.

**74-** Le critère de l'irrésistibilité est assez vague. Il sera toujours difficile de distinguer entre ce qui est possible et ce qui est impossible à surmonter. En matière de pandémie, l'approche est scindée sur deux étapes. Dans un premier temps, la crise du coronavirus peut être qualifiée d'insurmontable, puisque aucun traitement adéquat n'est prévu. La nouveauté du virus et sa fulgurante propagation font en sorte que le phénomène dépasse les moyens d'un professionnel moyen. Dès lors, si l'un des contractants est atteint ou si une partie de son personnel est contaminée, l'exécution contractuelle peut être retardée voire inexécutée purement et simplement. La partie en défaut peut se fonder alors sur les dispositions de l'article 79 CVIM pour être exonéré, à condition de prouver deux éléments : d'abord, l'inexécution est le corolaire direct de la contamination, c'est-à-dire, c'est à cause de la maladie qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'honorer ses engagements. Ensuite, il faut que cette défaillance ne lui soit pas imputable. En d'autres termes, il faut qu'il démontre qu'il a pris toutes les mesures

---

<sup>1</sup> Rennes, 9 mars 2018, RG n° 18/01827, *Inédit*. ( Pour une grippe, impossibilité non avérée en l'espèce).

<sup>2</sup> Pascal GUIOMARD, « La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts », *Dalloz. Actu.* 4 mars 2020.

<sup>3</sup> Jean RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, op. cit, page 140.

nécessaires pour se prévenir contre une éventuelle contamination. À défaut, sa responsabilité sera engagée. Il sera considéré comme étant un professionnel grossièrement négligent.

**75-** Cette réflexion soulève la question théorique de la distinction entre l'impossibilité et l'imprévisibilité. Il peut y avoir une nuance entre une grande difficulté d'exécution et une impossibilité absolue. Là encore, une analyse au cas par cas est requise. Dans plusieurs affaires, des vendeurs ont présenté la défaillance du fournisseur comme un empêchement irrésistible qui, selon eux devrait les exonérer de leur propre responsabilité pour le fait que des marchandises livrées n'étaient pas conformes<sup>1</sup>. Les décisions rendues en la matière indiquent au contraire, que le vendeur assume normalement le risque d'une éventuelle inexécution et, que de manière générale, il ne sera pas exonéré de sa responsabilité si sa propre inexécution est causée par la défaillance d'un de ses fournisseurs<sup>2</sup>. L'étendue de la responsabilité du débiteur est liée à la sphère typique de risque de celle-ci. Elle comprend notamment les questions de la capacité financière, les circonstances personnelles, l'approvisionnement et la responsabilité pour les employés.<sup>3</sup> Selon une doctrine majoritaire, le vendeur ne pourra pas s'exonérer lorsqu'il est hors d'état de se procurer les marchandises ou les matériaux nécessaires à la fabrication. L'organisation et l'approvisionnement en source d'énergie de l'entreprise ou en matière première et la disponibilité du personnel relèvent des risques que le débiteur doit assumer<sup>4</sup>. Dans une analyse approfondie de la question, une juridiction a explicitement déclaré qu'en application de la Convention, le vendeur assume les risques d'acquisition, c'est-à-dire l'éventualité que son fournisseur ne livre pas à temps les marchandises ou livre des produits non conformes, à moins que les parties en se soient entendues dans le contrat sur une répartition différente des risques et que le vendeur ne peut invoquer la défaillance de son fournisseur pour demander l'exonération en application de l'article 79 CVIM.<sup>5</sup>

**76-** La principale difficulté que semble devoir provoquer la condition d'irrésistibilité concerne les hypothèses où l'empêchement invoqué est de nature strictement juridique, telle une mesure de confinement, d'embargo ou une loi attachant des sanctions publiques à la réalisation de relations commerciales déterminées avec certains pays, voire à une interdiction d'exécuter des transactions portant sur quelques produits. On peut légitimement se demander

---

<sup>1</sup> Bundesgerichtshof, Allemagne, 24 mars 1999, *Dalloz* 2000, n°42, page 435, obs. Claude WITZ.

<sup>2</sup> Tribunal arbitrage commercial international CCI. Fédération de Russie, 16 mars 1995, aff, n° 155/1994, *op.cit.*

<sup>3</sup> Tabdeusz ZIELINSKI, « L'imprévision et la possibilité de la révision du contrat international en vertu de l'article 79 de la Convention de Vienne », *SJLS*. 2014, vol.6, page 113.

<sup>4</sup> Peter SCHLECHTRIEM, Claude WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, *op. cit.*, page 251, n° 372.

<sup>5</sup> Bundesgerichtshof, Allemagne, 24 mars 1999, *op. cit.*

si la menace de ces sanctions suffit à leur conférer le caractère d'un empêchement irrésistible. Une réponse affirmative ne nous semble pas douteuse si le pays qui les a édictées est celui dans lequel le débiteur est établi, puisqu'en décider autrement reviendrait à faire de la Convention un instrument de désobéissance civile, ce qui n'a jamais été l'intention de ses auteurs. D'ailleurs, un tribunal arbitral a considéré que l'interdiction d'exporter édictée par le pays du vendeur pouvait constituer un empêchement au sens de l'article 79 CVIM pour le vendeur qui n'avait pu livrer la totalité des marchandises.<sup>1</sup> Dans une autre affaire, le refus des autorités de l'État de laisser importer des marchandises dans le pays de l'acheteur a été considéré comme un empêchement irrésistible susceptible d'exonérer le vendeur de sa responsabilité.<sup>2</sup> Il est donc admis que les prohibitions législatives ou réglementaires et les restrictions gouvernementales sont des empêchements irrésistibles faisant bénéficier le débiteur d'exonération de responsabilité.<sup>3</sup>

77- De nos jours, la pandémie est sous contrôle. Plusieurs vaccins sont disponibles. Si on se réfère à une jurisprudence constante, on peut réitérer l'argumentation de la Cour d'appel de Basse-Terre en Guadeloupe, dans son arrêt rendu à propos de l'épidémie du virus de chikungunya : « *cette épidémie ne peut être considérée comme ayant un caractère imprévisible et surtout irrésistible puisque dans tous les cas, cette maladie soulagée par des antalgiques est généralement surmontable (les intimés n'ayant pas fait état d'une fragilité médicale particulière) et que l'hôtel pouvait honorer sa prestation durant cette période* »<sup>4</sup>. Cette même argumentation peut être retenue dans le cadre de la pandémie. Une partie qui invoque maintenant, la pandémie ne peut aucunement faire valoir son droit à l'exonération sur la base de l'article 79 CVIM. L'irrésistibilité de l'évènement fait désormais défaut<sup>5</sup>.

Cependant, bien que la crise de Covid-19 soit plus au moins maîtrisée, l'approche à l'aune de l'article 79 CVIM exige quelques atténuations. Encore une fois, tout dépendra du moment où la vente a été conclue, entre quels professionnels, dans quel secteur d'activité et pour quelle prestation. C'est en fonction des cas et des mesures qui auraient pu être prises que la

---

<sup>1</sup> Sentence tribunal arbitral CCI. Bulgarie, 24 avril 1996, *op.cit.*

<sup>2</sup> Sentence tribunal arbitral commercial international CCI. Russie, 22 janvier 1997, *op. cit.*

<sup>3</sup> Vincent HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, *op. cit.*, page 426, n° 471. L'auteur précise que l'appréciation de l'empêchement dans de tels cas « sera en fonction des circonstances et de l'appréciation qu'ils porteront sur la légitimité de la mesure législative considérée. Ainsi entreront certainement en ligne de compte la plus ou moins grande sympathie que leur inspireront les objectifs poursuivis par celle-ci, les liens unissant leur pays à ceux qui sont en cause, les intérêts commerciaux de leurs entreprises nationales, etc ».

<sup>4</sup> Basse-Terre, 17 décembre 2018, RG n° 17/00739, *op. cit.*

<sup>5</sup> Mustapha MEKKI, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels », *op. cit.*, page 171 : « en présence du Covid-19 et des mesures administratives de plus en plus contraignantes qui ont été prises, il est difficile de nier qu'aucune mesure n'aurait permis d'éviter les effets de cet évènement ».

réponse doit être avancée. Cette référence aux mesures appropriées est intéressante, car elle permet de saisir le sens de la disposition qui ne déresponsabilise pas totalement le débiteur face à un évènement de cette catégorie. Il doit prendre les mesures nécessaires pour limiter les conséquences de cette pandémie. Le parallèle est intéressant avec l'obligation de minimiser le dommage telle que prévue dans la Convention. Il s'agit dans le cas d'un empêchement de s'adresser au débiteur et de vérifier s'il pouvait prendre en amont des mesures pour éviter les effets de l'évènement.<sup>1</sup>

## **2- La pondération de la crise économique**

**78-** La pandémie est une catastrophe sanitaire par excellence. Mais, elle est aussi une crise économique. Elle a bouleversé le rythme normal de l'activité humaine. Pour stopper la propagation du virus fortement contagieux et potentiellement mortel, la vie des gens a été restreinte socialement, économiquement et géographiquement par l'effet des mesures de confinement prises par les pouvoirs publics. Les décisions gouvernementales visant à confiner tout un pays ont empêché les professionnels d'exercer leur droit le plus légitime celui de travailler. Or, dans une économie mondialisée où l'échange des biens et des services sont omniprésents, des contrats de vente sont conclus de longue date dont l'exécution devrait se réaliser comme convenu. Les mesures des pouvoirs publics constituent donc un empêchement au sens de l'article 79 CVIM. L'appréciation de cette condition doit encore, être effectuée par comparaison avec le comportement d'un professionnel raisonnable en tenant compte de toutes les circonstances concrètes qui caractérisent la situation dans laquelle se trouvait le débiteur. Il appartient aux tribunaux saisis de déterminer, au cas par cas, si l'empêchement invoqué par ce dernier mérite d'être véritablement regardé comme raisonnablement insurmontable.

**79-** Selon certaines décisions, il y a empêchement indépendant de la volonté de la partie en défaut lorsque la réglementation d'un pays ou des mesures prises par une autorité publique empêchent cette partie d'exécuter ses obligations. Un tribunal arbitral a pu ainsi juger que l'interdiction d'exporter du charbon appliquée par l'État du vendeur constituait un empêchement indépendant de la volonté de ce dernier.<sup>2</sup> On peut en déduire que les mesures de confinement et les interdictions de circulation sont des empêchements au sens de l'article 79 CVIM que tout contractant peut invoquer à l'encontre de son partenaire. Mais ces mesures ont

---

<sup>1</sup> Stéphan REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002, page 83 et suiv.

<sup>2</sup> Sentence chambre arbitrale de la Bulgarie, 24 avril 1996, aff.n°56/1995, *op.cit.*

été accompagnées par des aides financières<sup>1</sup> et de suspension des délais<sup>2</sup>, ce qui allège pour un grand nombre de professionnels l'impact de la crise. Dès lors, si l'obligation contractuelle se heurte à une décision étatique qui rend son exécution probable, comme en cas d'impossibilité de livraison suite aux mesures de confinements, l'existence d'un empêchement semble pouvoir être caractérisée, à condition toutefois que les autres conditions soient également réunies. En revanche, si l'exécution des obligations demeure possible, par exemple en remplaçant la marchandise ou en faisant appel à des mécanismes alternatifs d'approvisionnement, l'empêchement ne sera pas caractérisé. L'impossibilité d'exécuter une obligation risque de générer des effets en cascade en cas où la vente s'inscrit dans une chaîne de contrat. En pareille éventualité, les conditions de l'article 79 CVIM devront être appréhendées et démontrées contrat par contrat sans se livrer à une appréciation globalisante. Il ressort de ce qui précède que les parties n'ayant pas été en mesure d'exécuter leurs obligations, en raison du Covid-19 ou des mesures étatiques sous-jacentes, prises afin de gérer et d'endiguer la pandémie auront potentiellement à leur disposition une série d'instruments juridiques pour atténuer l'incidence économique de cette crise sur leurs activités. Le critère d'irrésistibilité qu'exige l'article 79 CVIM fera forcément défaut.

### **Conclusion :**

**80-** Face à une crise sanitaire mondiale d'une ampleur inégalée, les juristes ont un rôle fondamental à jouer. La pandémie de Covid-19 a permis de déterrer des interrogations qui constituent pour la pensée juridique des angles morts. Les empêchements de toute nature, les cas de force majeure ou encore les événements qui rendent l'exécution d'une obligation contractuelle extrêmement onéreuse s'entremêlent parfois à tort, parfois à raison. Mais, ils ont le mérite de nous faire sortir des sentiers battus. L'article 79 CVIM est considéré comme étant une disposition complexe. Le vocabulaire utilisé a fait couler beaucoup d'encre, car il s'agit d'expressions à contours variables. Les aborder à l'aune de la pandémie nécessite certainement davantage d'efforts, mais surtout des précautions méthodologiques. La diversité des exemples démontre à quel point il est difficile de cerner au plus près la question. On assiste désormais à une interaction de plusieurs paramètres qui peuvent tous influencer la qualification de l'évènement exonératoire. Il ressort de ce qui précède que les parties n'ayant

---

<sup>1</sup> Kevin MAGNIER MERRAN, « Observation sur l'impact du Covid-19 en droit bancaire et financier », *op.cit.*, page 183

<sup>2</sup> Ex. 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, JORF, n° 0074 du 26 mars 2020.

pas été en mesure d'exécuter leurs obligations, en raison de la crise sanitaire ou des mesures gouvernementales prises, auront potentiellement à leur disposition une série d'instruments juridiques. Pour leurs mises en œuvre, il faut toujours garder à l'esprit que la pérennité du lien contractuel prime. En attendant une jurisprudence établie en la matière, il faut comme le préconise la doctrine traiter chaque vente dans son contexte, en tenant compte notamment de la date de la conclusion du contrat, de la nature des obligations inexécutées et du secteur d'activité dans lequel les contractants agissent.