

**CORONAVIRUS :
FORCE MAJEURE? HARDSHIP?
REPORT D'EXECUTION DES OBLIGATIONS? QUELQUES ELEMENTS PRATIQUES
CONSEILS POUR L'ANALYSE ET LA REDACTION DES CLAUSES**

Denis PHILIPPE
Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Luxembourg
Professeur extraordinaire à l'UCLouvain
Professeur visiteur à l'Université de Paris X
dphilippe@philippelaw.eu

1.- Le coronavirus a produit des effets dévastateurs sur notre économie et les retombées de cette pandémie sur le droit des contrats ont été aussi virulentes que le coronavirus lui-même.

Il est opportun d'introduire cette étude par le rappel des « milestones » du phénomène coronavirus au regard du changement de circonstances.

Eclosion du virus dans la province de Wuhan, à Hubei. C'est le 31 décembre 2019 que les autorités ont annoncé pour la première fois des cas groupés de pneumonie d'origine inconnue ; les 41 personnes infectées avaient toutes fréquenté le marché alimentaire de Huanan.

Ensuite le virus s'est répandu partout en Chine, paralysant le commerce avec la Chine.

Il s'est ensuite propagé de Chine dans le reste du globe mais nous ne rentrerons pas dans les détails dans le cadre de cette étude.

L'Europe durement touchée a pris des mesures de confinement ; celles-ci ont été prises à l'échelle des Etats. Les mesures de confinement ont été initiées en Belgique le 13 mars 2020. Le Luxembourg a le 17 mars, déclenché l'état de crise qui lui permettait de prendre des décisions législatives rapides, et de fermer tous les chantiers.

Vu l'ampleur de la pandémie, ces mesures ont été renforcées, prévoyant la fermeture de nombreuses entreprises et le contrôle aux frontières.

Enfin, le virus présente un caractère temporaire ; ainsi le confinement a été, à l'heure de la rédaction de cet article, progressivement levé dans la province de Wuhan.

2.- Les problèmes qui peuvent survenir sont légions. Nous nous limiterons à quelques exemples.

Vous vous engagez à livrer des marchandises qui viennent de Chine ; or, les usines chinoises sont fermées à cause du coronavirus.

Vous avez reçu un ordre de fermer votre usine belge ou luxembourgeoise ; vous ne pouvez pas fournir à la suite de cette fermeture.

Vous deviez réaliser une prestation sur place à l'étranger ; or votre vol est annulé.

Un contrat cadre de livraison de marchandises a été conclu ; vous deviez livrer pour le 30 mars et vous êtes dans l'impossibilité de livrer à cause du coronavirus; l'acheteur avait payé un acompte de 30% ; celui-ci peut-il récupérer l'acompte à la suite de la force majeure ?

3. Nous étudierons successivement la force majeure chapitre I) et le hardship ou imprévision dans un second stade. (Chapitre II).

CHAPITRE I. LA FORCE MAJEURE

3.- Après avoir donné la définition de la force majeure (§1), nous examinerons d'abord si la crise du coronavirus épouse les conditions d'application de la force majeure pour ensuite nous attacher à la rédaction des clauses (§2) ; nous évoquerons les mesures de confinement (§3) les effets de la force majeure (§4) et nous terminerons par les conseils à l'analyse et la rédaction des clauses de force majeure (§5)

§1. DEFINITION

4.- La force majeure libère le débiteur d'une obligation lorsque surviennent des circonstances présentant les caractéristiques suivantes:

- être non-imputables à la partie qui l'invoque;
- être imprévisibles et inévitables;
- entraîner de manière irrésistible une impossibilité d'exécuter l'obligation contractuelle.

Elle a pour effet de dissoudre le contrat si l'obstacle est définitif et de le suspendre si l'obstacle est temporaire.¹

HYPOTHESE		REGIME		
Circonstances		Effets	Notification	Suspension
Non imputables	Imprévisibles	Impossibilité d'exécution		Dissolution

§2. CONDITIONS D'APPLICATION

2.1. Etrangère à la partie qui l'invoque

5.- La force majeure doit être étrangère à la partie qui s'en prévaut. On estime souvent qu'une cause externe n'est pas nécessairement requise et qu'il faut simplement que l'événement perturbateur ne soit pas imputable à la partie qui l'invoque. Ceci vise par exemple, le cas de la maladie (s'agissant du coronavirus, c'est une maladie mais sa cause est directement externe à la partie qui l'invoque puisque c'est un virus qui vient de l'étranger et se propage à une vitesse impressionnante)

¹ Voy. not. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 649, nr. 518

Quid si plusieurs causes imputables et non imputables contribuent à la non exécution ? Par exemple, le vendeur devait livrer le 30 novembre ; il accuse un retard de plus de deux mois et invoque alors la crise du coronavirus. Dans cette hypothèse, le vendeur restera responsable². Prenons un autre exemple : dans le cadre d'un contrat cadre d'approvisionnement à long terme, le vendeur devait contractuellement garder un stock de 1.000 pièces qui venaient de Chine ; il n'avait pas conservé pareil stock et invoque la pénurie de pièces car il ne savait plus s'approvisionner en Chine, en raison du coronavirus. L'acheteur pourra à bon droit refuser l'application de la force majeure ; en effet, sa faute contractuelle, le non maintien d'un stock suffisant a contribué à la non exécution du contrat de vente.

2.2. Imprévisibilité

6.- La notion d'imprévisibilité est toute relative ; ainsi la pandémie était envisagée en 2013 dans un rapport du parlement allemand³ ; Bill Gates expose dans une conférence en 2015 que nous n'étions pas préparés pour la prochaine pandémie ; est-ce à dire que la pandémie actuelle du coronavirus était prévisible ? Il faut s'en référer à l'homme prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances et là nous serons tous d'accord pour conclure que cette pandémie n'était pas prévisible.

Sur la base des éléments factuels mentionnés ci-dessus, il fallait compter sur l'existence du virus dès approximativement le 15 janvier 2020. En d'autres termes, cet événement devait être pris en compte par les parties dans leur négociation contractuelle dès cette date.

Il faut, et c'est important, bien distinguer *l'imprévisibilité de l'événement* d'une part, et *l'imprévisibilité de ses effets sur le contrat*. Si l'événement est prévisible mais que ses effets sur le contrat ne le sont pas, le débiteur pourra toujours se prévaloir de l'imprévisibilité. Reprenons le développement du coronavirus. Qui pouvait prévoir le 15 janvier, date où le coronavirus pouvait être pris en compte par les parties contractantes, que celui-ci connaîtrait une telle propagation sur les autres continents et notamment en Europe².

Prenons l'exemple suivant. Vous vous engagez le 5 février 2020 faire une livraison de produits pour le premier avril 2020; vous connaissez à ce moment le coronavirus et ses effets en Chine ; mais vous ne saviez pas que votre exploitation a dû être fermée le 18 mars 2020 en vertu du décret ministériel belge; en conséquence, vous pouvez toujours vous prévaloir de l'imprévisibilité des mesures décrétées par le gouvernement belge, vu que celles-ci étaient imprévisibles le 5 février 2020.

2.3. Impossibilité d'exécuter la prestation.

7.- Vous, fournisseur belge intermédiaire, vous engagez à vendre des marchandises ; votre fournisseur est en Chine et la société chinoise est fermée. Vous vous trouvez clairement dans une situation de force majeure.

Mais si des possibilités *alternatives* d'approvisionnement sont présentes, le débiteur doit y avoir recours. Reprenons l'exemple précédent ; un fournisseur argentin peut fournir les mêmes marchandises ; vous, fournisseur belge intermédiaire, devez vous tourner vers cet autre fournisseur. Si le prix est substantiellement plus élevé, il faudra alors voir si vous pouvez invoquer le hardship en pareille hypothèse, ce que nous analyserons plus loin.

² Voy. sur cette question, D.PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, 1986, Bruylant, p.621.

³ Bericht zur Risikoanalyse im Bevölkerungsschutz, 3.1.2013, Deutscher Bundestag 17. Wahlperiode, Drucksache 77/12051.nr 2.3., p5. (comment appréhender une pandémie en se référant au SARS)

L'impossibilité doit être appréciée de manière raisonnable.⁴ La Cour de cassation belge a eu l'occasion à différentes reprises de l'énoncer.⁵

Par ailleurs, quid si l'impossibilité résulte d'une autre norme à respecter ? Prenons un exemple simple. Vous devez livrer des biens qui viennent de la Russie ; la Russie est mise sous embargo suite aux événements en Ukraine ; vous êtes dans l'impossibilité de livrer à la suite de l'embargo et celui-ci constitue un fait du prince constitutif de force majeure; la norme à respecter prime l'engagement contractuel.

Quid en cas de conflit de normes ; quid si la norme à respecter est la protection de la vie, visée à l'article 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui vous pousse à ne pas exécuter alors que les mesures de confinement vous permettent de continuer à travailler ? La protection de la vie et de la santé doivent en principe primer et l'on reviendra sur cette hypothèse dans l'étude des mesures en matière de confinement plus loin.

8.- *Le simple fait d'être à cours de liquidités ne constitue pas un cas de force majeure et l'on écrit que les dettes de somme d'argent ne tombent pas sous le champ de la force majeure en se référant à l'adage *genera non pereunt*.*

Dans un arrêt du 28 juin 2018,⁶ la Cour de cassation belge confirme que l'incapacité financière ne peut pas constituer un cas de force majeure, même si cette incapacité est due à des circonstances externes qui forment un cas de force majeure pour le débiteur. Nous nuancerons les effets de cet arrêt dans le paragraphe suivant relativement à l'impossibilité de jouissance.

Il n'est pas dans notre ambition de reprendre ici l'ensemble des mesures qui ont été prises par les banques et par les autorités publiques pour aider les entreprises.

Mais rappelons qu'en vertu de l'article 1244 du Code civil, le juge peut accorder au débiteur malheureux et de bonne foi des termes et délais. Il nous semble assez évident que cet article pourra trouver application à la suite de la crise du coronavirus.

2.4. Questions diverses : preuve ; bail ; jurisprudence.

9.- *La charge de la preuve* incombe au débiteur qui se prévaut de la force majeure et celui-ci sera bien avisé de conserver tous les éléments probants de la force majeure.

10.- *Contrat de bail*

Quid si un magasin doit fermer ? le locataire refuse de payer en invoquant la force majeure ; le propriétaire réplique en disant que le manque de liquidités ne constitue pas un cas de force majeure comme énoncé plus haut; il faudra alors se référer à l'article 1722 du Code civil qui énonce que le bail est caduc en cas de perte de la chose louée ; l'impossibilité de jouissance pourra donner lieu à l'application de cet article car elle peut être assimilée à la perte de la chose louée. Par ailleurs, l'on peut considérer que si le locataire est privé de jouissance, le propriétaire ne remplit pas ses obligations de mettre à disposition du bien loué tel que convenu contractuellement, le locataire étant alors en droit de suspendre le paiement des loyers.

La lecture du bail pourra s'avérer précieuse dans la recherche de la solution à donner à cette question ; en effet, il arrive souvent que l'usage du bien loué à telle destination (magasin de vêtements par exemple) soit prévu expressément ; on pourra alors plus facilement appliquer la force majeure puisque le bien ne peut plus être à disposition comme prévu dans le contrat.

⁴ A. VAN OEVELEN, "Overmacht en imprevisie in het Belgisch contractenrecht", *TPR* 2008, 608, nr. 5; R. CABRILLAC, Droit des obligations in Série droit privé, Paris, *Dalloz*, 2002, 110, nr. 154; X. DIEUX, Portée et limites du principe de la convention-loi in M. FONTAINE, Les obligations contractuelles, Brussel, Editions du jeune barreau 1984, 188; J. HEENEN, "La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure", note sous Cass. 13 avril 1956, *RCJB* 1957, 94,

⁵ Cass. 13 mai 1996, *Pas.* 1996, 455 et Cass. 21 septembre 1991, *R.W.* 1991-91, 682.

⁶ Cassation 28 juin 2018, C.17.0701.N/1.

Jurisprudence.

11.- Bien évidemment, la jurisprudence n'est pas encore très présente. Citons un arrêt de la cour d'appel de Colmar du 12 mars 2020.⁷

Un étranger fait appel d'une ordonnance rendue en premier degré. Celui-ci ne peut comparaître à l'audience ; la cour y reconnaît un cas de force majeure en ces termes :

« L'appelant, M. A X, n'ayant pu être conduit à l'audience à la Cour d'appel, en raison des circonstances exceptionnelles et insurmontables, revêtant le caractère de la force majeure, liées à l'épidémie en cours de Covid-19 ; en effet, nous avons été informée en fin de matinée de ce qu'un étranger retenu au CRA de Geispolsheim présentant les symptômes de ce virus était en cours de dépistage et avait notamment été en contact avec le personnel de l'Ordre de Malte lors d'un entretien d'une heure. Le personnel de cette association fait dès lors l'objet d'un confinement de 14 jours. Or, la présence concomitante dans ce centre de cette personne et de M. A X qui, lui-même a été aussi assisté par le personnel de l'Ordre de Malte pour la rédaction de son acte d'appel ; en conséquence l'intéressé est susceptible également d'avoir été en contact rapproché avec l'étranger susceptible d'être atteint de ce virus. Dès lors, ces circonstances exceptionnelles, entraînant l'absence de M. A X à l'audience de ce jour revêtent le caractère de la force majeure, étant extérieures, imprévisibles et irrésistibles, vu le délai imposé pour statuer et le fait que, dans ce délai, il ne sera pas possible de s'assurer de l'absence de risque de contagion et de disposer d'une escorte autorisée à conduire M. X à l'audience. De plus, le CRA de Geispolsheim a indiqué ne pas disposer de matériel permettant d'entendre M. A X dans le cadre d'une visio-conférence, ce dont il résulte qu'une telle solution n'est pas non plus envisageable pour cette audience. En conséquence, l'audience se déroule en l'absence de M. A X, que Maître F G-H, avocate au barreau de Colmar, commise d'office, accepte de représenter. »

Nous avons repris cet arrêt car il est fort récent et qu'il illustre bien la situation exceptionnelle dans laquelle nous nous trouvons, bien que les faits ne concernent pas le droit des contrats.

§3. LE FAIT DU PRINCE

12.- Comme indiqué dans l'introduction, la pandémie a nécessité l'intervention des Etats dans les différentes parties du globe. Ceux-ci ont pris différentes mesures pour éviter la propagation du virus, qui ont un impact substantiel sur l'économie et sur les contrats.

En droit belge, nous avons, à ce jour, qu'être arrêtés ministériels successifs, des 13, 18, 23 et 27 mars 2020 et les récentes mises à jour qui ont trait au confinement suite au coronavirus. D'autres arrêtés vont suivre. Reprenons ici les articles 2 et 3 de l'arrêté du 18 mars 2020 :

« Art. 2. Le télétravail à domicile est obligatoire dans toutes les entreprises non essentielles, quelle que soit leur taille, pour tous les membres du personnel dont la fonction s'y prête. Pour les fonctions auxquelles le télétravail à domicile ne peut s'appliquer, les entreprises doivent prendre les mesures nécessaires pour garantir le respect des règles de distanciation sociale, en particulier le maintien d'une distance d'1,5 mètre entre chaque personne. Cette règle est également d'application pour les transports organisés par l'employeur. Les entreprises non essentielles dans l'impossibilité de respecter les mesures précitées doivent fermer.

Art. 3. Les dispositions de l'article 2 ne sont pas d'application aux entreprises des secteurs cruciaux et aux services essentiels visés à l'annexe au présent arrêté ainsi qu'aux producteurs, fournisseurs, entrepreneurs et sous-traitants de biens, travaux et services essentiels à l'activité de ces entreprises et ces services.

Ces entreprises et services sont toutefois tenus de mettre en œuvre, dans la mesure du possible, le système de télétravail à domicile et les règles de distanciation sociale.

⁷ 6èch., étrangers, arrêt 20/01098, publié au Dalloz, doctrine.

Au Luxembourg, le confinement total existe depuis le 17 mars. Dans de nombreux pays, une distinction est établie entre services essentiels et autres services.

13.- Les services essentiels peuvent donc être assurés en période de confinement. Toutefois les règles de télétravail et de distanciation sociale doivent être respectées mais à la différence des services non essentiels, dans la mesure du possible. Vu l'importance de la santé et les dangers de la contamination, la notion « dans la mesure du possible » doit être interprétée en ce sens que les meilleurs efforts doivent être développés pour le respect des règles de télétravail et de distanciation sociale.

§4.EFFETS

14.- Il convient en premier lieu d'*informer* le cocontractant de l'événement de force majeure et ses effets sur le contrat. Ceci n'est pas prévu expressément par la loi mais peut être basé sur l'article 1134, alinéa trois, du Code civil, qui prévoit l'exécution de bonne foi des conventions.

La notification peut être préventive ; par exemple, le coronavirus survient mais peut présenter des risques sur l'exécution du contrat ; l'on prévient directement le contractant même si l'exécution du contrat reste toujours possible. Elle peut être circonstancielle ; elle intervient au moment même où le contrat est impossible à exécuter. Si elle est circonstancielle, elle doit aussi être circonstanciée : le débiteur doit expliquer pourquoi il invoque la force majeure. La communication entre contractants étant essentielle, nous ne pouvons que conseiller la notification préventive.

La loi étant muette sur la notification et sur ses formes, sa nécessité et son contenu seront laissés à l'appréciation du juge.

15.- La force majeure entraîne la dissolution du contrat si elle est définitive et la suspension du contrat si l'effet est temporaire. Elle entraînera la dissolution du contrat si, malgré que l'effet de l'événement ne soit que temporaire, la durée de la suspension fait perdre tout intérêt à l'exécution de l'obligation.

La force majeure opère pour le futur, et donc ex nunc, contrairement à la résolution ou l'annulation du contrat qui opèrent en principe ex tunc. La force majeure n'a donc pas d'effet rétroactif. Cet effet ex nunc est considéré une application de la figure plus large de la caducité de la convention pour cause de disparition de son objet.⁸

Cette tradition est cependant contestée, une partie de la doctrine considérant qu'il n'y a pas de raison de soumettre à deux régimes différents la dissolution par application de la théorie des risques et la résolution pour inexécution fautive.⁹ Nous croyons qu'il est logique que la force majeure opère ex tunc ; en effet, c'est par l'impossibilité survenue en cours d'exécution que le contrat cesse ses effets ; rien ne justifie de mettre à néant le passé qui s'est exécuté correctement ; en cas d'annulation par exemple, le contrat était vicié à sa conclusion.

16.- Peut-on estimer que le contrat pourra être dissout avant que son exécution n'ait été rendue impossible (contravention anticipée) ?

La jurisprudence ne se prononce pas sur cette question mais la possibilité de mettre fin au contrat avant même que l'inexécution ne soit vérifiée, est reconnu dans le projet de réforme du droit des obligations belge et dans la convention de Vienne sur la vente internationale aux

⁸ VANDEN BERGHE, O., « Chapitre 4 - Force majeure » in *De duur en het einde van handelscontracten beheren - Gérer la durée et la fin des contrats commerciaux*, Gent, Uitgeverij Larcier, 2009, p. 61-62

⁹ F.GLANSDORFF, « La force majeure », *J.T.*, 2019/18, n° 6772, p. 355-358.

articles 71 et suivants. Ce qui peut être fait lorsque le débiteur est défaillant dans les hypothèses précitées, doit aussi s'appliquer en cas de force majeure. Il convient en effet de trouver une solution qui garantit l'efficacité de la relation contractuelle et il n'est pas utile, à cet effet, d'enfermer l'une des parties dans une relation contractuelle vide de sens.

17.- Quels sont les effets sur les prestations des parties dans un contrat synallagmatique ?

L'on fait application de la théorie des risques. La doctrine a coutume de citer l'adage « *Res perit creditori* » : la chose périt aux risques du créancier. Autrement dit, celui-ci ne peut réclamer quoi que ce soit à son cocontractant.

Toutefois, il existe 3 exceptions à ce principe :

- Lorsque le débiteur était déjà en demeure ;
- Lorsque les parties ont, par une clause contraire, étendu la responsabilité du débiteur au cas de force majeure ;
- Lorsque le débiteur est tenu, par suite d'une disposition légale particulière, des cas fortuits.

Pour les effets de la force majeure sur un contrat *synallagmatique*, on se tournera également vers la théorie des risques. Il faudra distinguer selon que les obligations de l'autre partie s'éteignent ou pas.

Si le cocontractant reste tenu, on dira que la perte du contrat est pour lui : la charge des risques lui incombe.

Si par contre, ce cocontractant se voit, lui aussi, libéré de ses engagements, on dira que la perte du contrat est pour le débiteur de l'obligation éteinte en raison de la cause étrangère : la charge des risques incombe alors à ce débiteur.¹⁰ Pratiquement, si le vendeur est dans l'impossibilité de livrer pour force majeure, il est libéré tandis que l'acheteur est lui aussi exempté de payer le prix.

Concrètement, quid en cas de vente avec versement d'un **acompte** ? Le vendeur ne peut pas livrer vu la force majeure trouvant sa cause dans le coronavirus. L'acheteur a payé un acompte de 30% ? A-t-il droit au remboursement de cet acompte ?

Sur la base des principes énoncés ci-avant, nous avons vu que le fournisseur est libéré de son obligation de livrer, et sur la base de la théorie des risques, le client ne doit pas payer le prix et peut donc obtenir remboursement de l'acompte payé. Ceci étant, si des dépenses ont déjà été avancées par le vendeur, celui-ci pourra les conserver.¹¹

§5. CONSEILS POUR LA REDACTION DU CONTRAT

18.- De belles études ont été consacrées à ces clauses et il n'est pas dans l'objet de cette brève étude de procéder à une nouvelle analyse des clauses mais simplement de montrer comment appréhender la crise du coronavirus au travers ces clauses.

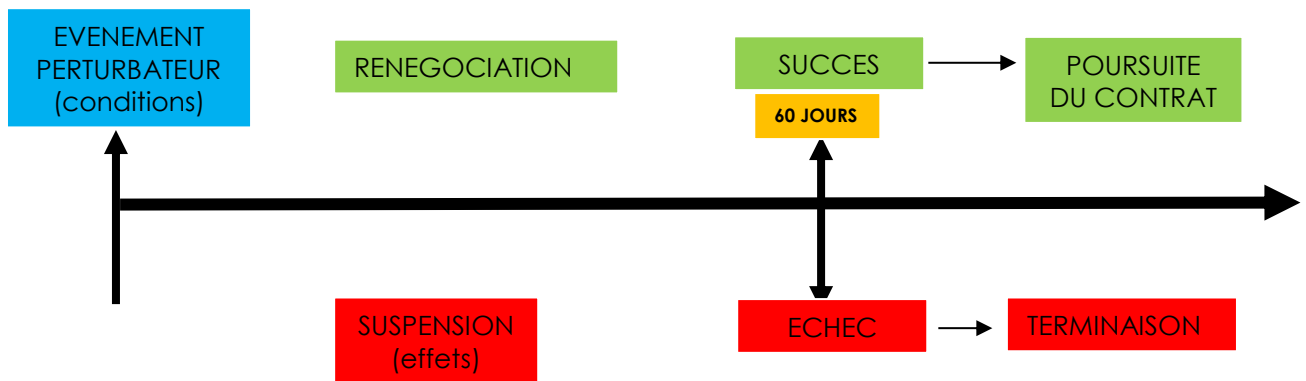
Depuis cette pandémie, la clause de force majeure ne sera plus rédigée comme avant.

Rappelons la structure de la clause de force majeure qui correspond à celle du concept de force majeure que nous avons repris dans le tableau ci-avant mais la renégociation y est mise à l'honneur.

Ligne du temps 1.

¹⁰ WÉRY, P., « Sous-section 3 - La cause étrangère libératoire, la théorie des risques et l'imprévision » in *Droit des obligations - Volume 1*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, p. 538-562

¹¹ Voy. pour une application de principes similaires en matière de condition suspensive B.KOHL, « Chapitre I - Les éléments constitutifs de la vente » in *La vente immobilière*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 7-27



L'on sait que, outre la définition du concept et de ses conditions d'application (extériorité, imprévisibilité et impossibilité d'exécution) la clause énonce souvent les circonstances qui peuvent donner lieu à l'invocation de la force majeure et il est certain que l'on inclura désormais le terme pandémie.

Prenons la clause suivante :

- *"No Party shall be liable for any failure to perform its obligations where such failure is as a result of Acts of God (including fire, flood, earthquake, storm, hurricane or other natural disaster), war, invasion, act of foreign enemies, hostilities (whether war is declared or not), civil war, rebellion, revolution, insurrection, military or usurped power or confiscation, terrorist activities, nationalisation, government sanction, blockage, embargo, labour dispute, strike, lockout, **pandemic** or interruption or failure of electricity [or telephone service], and no other Party will have a right to terminate this Agreement under Clause 19 (Termination) in such circumstances."*

Nous avons rajouté la pandémie à la clause antérieure. L'avantage d'insérer la circonstance sera d'éviter la discussion sur la question de savoir si une telle situation constitue une hypothèse de force majeure ; l'on sait que certains estiment que les pandémies précédentes (H1N1) ne constituant pas un cas de force majeure, la pandémie actuelle ne constitue pas en soi un cas de force majeure.

19.- Procédons à l'analyse de composantes de la clause qui ont retenu notre attention dans le cadre de cette pandémie.

- *Notification*

L'on peut prendre la clause suivante :

« La partie qui invoque le cas de force majeure devra, aussitôt après la survenance, adresser une notification expresse et recommandée à l'autre partie. ».

Une notification est importante, on l'a vu, pour la fluidité de la communication entre contractants ; cette notification on l'a vu, peut avoir lieu de manière préventive ce que ne prévoit pas expressément cette clause. Cette notification préventive est importante en matière de covid 19, vu le caractère évolutif de cette pandémie sur le contrat. Il suffit de voir les différents arrêtés ministériels qui ont été édictés en Belgique.

Nous ne croyons plus opportun, à l'ère digitale, d'exiger une notification par courrier recommandé.

L'on peut citer une autre clause plus complète :

"The Contractor shall forthwith notify the Buyer as soon as the said Special and Excepted Risks have ended."

"The termination of the force majeure shall similarly be notified."

"The affected Party shall also provide notice to the other Party of

- i. with respect to an ongoing Force Majeure Event, the cessation of the Force Majeure Event, and*
- ii. the affected Party's ability to recommence performance of its obligations under this Agreement*

as soon as possible, but in any event, not later than seven (7) days after the occurrence of each of (i) and (ii) above or, where the affected Party has (acting reasonably) vacated the Site, or its relevant property, as the case may be, as a result of such Force Majeure Event, not later than seven (7) days after the date it becomes or should have become aware of such occurrence."

- *Effets ; renégociation.*

« Les parties contractantes sont momentanément déliées, totalement ou partiellement, de leurs obligations dans le cas de force majeure ayant le caractère imprévisible et étant indépendant de la volonté des parties, à charge pour la partie qui s'en prévaut d'apporter la preuve écrite du caractère de force majeure d'un tel cas dans un délai de trente jours.

Si, pour cause de force majeure l'une des parties est empêchée de remplir ses obligations contractuelles pendant une période supérieure à trois mois, les parties contractantes se rencontrent pour déterminer les conditions de poursuite de l'exécution du contrat ou de la résiliation du contrat »

Nous ne pouvons qu'insister sur l'importance de la renégociation du contrat. Si le contrat est conclu maintenant, l'on peut également prévoir une disposition spécifique au covid 19, si son influence sur le contrat peut être appréhendée dès à présent.

Parmi les éléments de la renégociation, l'on pense au report des obligations de paiement.

Ainsi, l'on peut prévoir la restitution de l'acompte en cas de force majeure si, à la suite du covid-19, l'exécution ne peut avoir lieu.

20.- Clause de réservation

Un contrat peut prévoir que des machines sont réservées pour le cocontractant pour procéder à des travaux. Il est à craindre que le cocontractant ne fournisse pas les matières premières plans et autres instructions destinées à effectuer ces travaux. En effet, ceux-ci doivent être fournis par un sous-traitant qui est en situation de confinement et ne peut livrer les matières premières.

L'on peut prévoir dans le contrat signé ce genre d'hypothèses.

Quelques éléments dans la rédaction de la clause :

- En premier lieu, dès que les premiers pressentiments de difficulté d'exécution apparaissent, le cocontractant doit être prévenu
- Un délai d'annulation de réservation permettant de réallouer les machines doit être stipulé ;
- Si la force majeure n'est pas avérée, une pénalité peut être prévue pour les frais de réservation.

- Si la force majeure est avérée, une renégociation peut être prévue avec des indications des risques à supporter de part et d'autre.

- *Masques ou respirateurs. Livraison*

L'on peut prévoir une renégociation si le nombre de masques commandés n'arrive pas à cause d'une force majeure causée par le coronavirus. Des clauses peuvent également être insérées à propos des respirateurs.

Pour l'acheteur, ce sera la clause prévoyant des pénalités de retard qui sera à privilégier mais dans le chef d'un vendeur belge qui est intermédiaire, ce sera la clause de force majeure qui sera de mise pour l'exempter de responsabilité si les masques n'arrivent pas de son fournisseur étranger.

Les deux clauses peuvent être combinées : pas de responsabilité les premiers quinze jours et puis clause pénale au-delà de cette période.

- *Obligation de limiter son propre dommage :*

« En cas de force majeure, les parties contractantes sont tenues de conduire tous les efforts nécessaires dans le but de supprimer et/ou de diminuer les difficultés et les dommages provoqués, auquel cas l'autre partie sera constamment tenue au courant de la situation. Dans le cas contraire, la partie défaillante pourra se voir réclamer des dommages et intérêts par l'autre partie. ».

Nous ne pouvons qu'insister sur l'opportunité de prévoir dans le contrat une clause de renégociation en cas de force majeure ; ceci permettra aux parties de mieux aménager des solutions alternatives ; par exemple, si les marchandises ne peuvent venir de Chine, l'on pourra envisager un approvisionnement en Argentine et de renégocier un prix ; il en va de la survie du contrat.

- *Pendant la suspension :*

« Buyers shall be at liberty to procure from other suppliers any deficiency of deliveries caused by the operation of this clause. »

Si la suspension fait perdre son utilité au contrat, on peut prévoir la dissolution de celui-ci.¹² Ainsi, vous commandez des marchandises le premier février en Chine ; vous deviez insérer ces marchandises dans un produit à livrer absolument pour le premier mars, vous ne pouvez effectuer la livraison au premier mars comme les produits ne sont pas arrivés ; donc la force majeure aura un effet définitif puisque la livraison du produit a perdu toute utilité pour l'acheteur final.

Par ailleurs, la période post-suspension ou post-confinement pourra être aussi prévue ; la suspension a pu modifier les conditions d'approvisionnement à la hausse.

- *Domage/coûts*

« Pour les retards et non-exécution des obligations dus à la force majeure, aucune partie ne peut réclamer à l'autre des pénalités, des intérêts ou tout autre dédommagement ou participation au préjudice souffert par elle à cause de la force majeure. »

Cette clause est assez évidente mais elle permet d'éviter toute discussion.

Parfois pendant la période de suspension, des frais sont engagés ; le vendeur effectue des transports par exemple ou entrepose des marchandises ; il sera utile de prévoir qui va supporter les frais de transport ou d'entreposage.

¹² Voy. notre La force majeure temporaire et la suspension des obligations contractuelles, in *le droit des obligations dans l'entreprise*, La Chartre, 2017, pp.219 à 243.

CHAPITRE II HARDSHIP ou IMPREVISION

§1. DEFINITION

21.- L'imprévision vise à faire admettre la résiliation ou l'adaptation du contrat lorsque surviennent des circonstances présentant ces caractéristiques:

- être non-imputables à la partie qui l'invoque;
- être imprévisibles et inévitables;
- entraîner de manière irrésistible un bouleversement de l'économie contractuelle.

L'imprévision entraîne la renégociation du contrat :

HYPOTHESE		REGIME	
Circonstances		Effets	Notification Renégociation
Non imputables	Imprévisibles	Déséquilibre des prestations Excessivement onéreuse Bouleversement de l'économie contractuelle	Dissolution en cas d'échec des négociations

§2. CONDITIONS D'APPLICATION

22.- Les circonstances difficiles dans lesquelles le coronavirus nous entraîne, rendront souvent l'exécution du contrat beaucoup plus difficile ; par exemple, suite aux mesures de confinement (télétravail, mesures de confinement) l'exécution de vos prestations est devenue excessivement difficile ; vous pourrez vous prévaloir de l'imprévision ; celle-ci n'est pas expressément reconnue en droit belge¹³ et il est donc fort recommandé de l'aménager contractuellement comme nous l'exposerons en section II.

Reprenons l'exemple exposé précédemment. Vous ne pouvez vous approvisionner en Chine et vous vous prévaliez de la force majeure ; il existe une source alternative d'approvisionnement en Argentine mais le coût est deux fois plus élevé et choisir cette source d'approvisionnement constituerait une perte pour vous ; vous pouvez invoquer le hardship pour renégocier le contrat.

¹³ Nous n'allons pas reprendre ce que nous avons déjà écrit et nous nous référons à l'article le plus récent dans D. PHILIPPE, La théorie de l'imprévision, p. 467, in *Réformer le droit des contrats*, Analyse comparée autour du droit luxembourgeois, Larcier, 2020, sous la direction de P. ANCEL & A. PRUM,

Pour l'application du concept, on peut se référer à ce que nous avons exposé sur le caractère non imputable et l'imprévisibilité en matière de force majeure. Le bouleversement de l'économie contractuelle se distingue de l'impossibilité qui trouve application dans la force majeure. En effet, l'exécution ne doit pas être impossible mais excessivement onéreuse. Ainsi en est-il dans l'exemple précité de l'approvisionnement en Argentine.

L'effet de l'imprévision est l'adaptation du contrat et non la suspension ou la dissolution. Ainsi, dans l'exemple précité, la différence de prix entre le produit argentin et le produit chinois pourra être partagée entre parties par exemple par moitié.

&3. CONSEILS POUR LA REDACTION DU CONTRAT

23.- L'on peut présenter une clause courte :

« En cas de modification fondamentale des circonstances imposant à l'une des parties une charge inéquitable découlant du présent protocole, les parties se consulteront aux fins de trouver en commun des ajustements équitables à cet accord. »

Celle-ci ne mentionne pas de circonstances, et donc pas la pandémie.

Si vous rédigez une clause avec des circonstances données à titre exemplatif, il faudra tout naturellement désormais inclure la pandémie.

Ainsi, l'on peut prendre la clause suivante

*"If owing to changed circumstances **such as** changes in monetary values or discriminatory Governmental action or regulations, **pandemics** or differential customs duties unduly discriminating against the origin from which A is then supplying to B, the continued operation of which is causing undue hardship to either party, that party shall have the right to require the other party to participate in a joint examination of the position with a view to determining whether revision or modification of the provisions hereof is required and if so what revision or modification would be appropriate and equitable in the circumstances "*

Si le contrat est conclu maintenant, l'on peut également prévoir une disposition spécifique au covid 19, si son influence sur le contrat peut être appréhendée dès à présent. Ainsi l'on pourra prévoir que si la source d'approvisionnement prévue contractuellement est tarie, les parties renégocieront afin de trouver une autre source d'approvisionnement et d'en partager les coûts.

L'on peut également prévoir la situation post confinement de manière précise. Il est possible que l'exécution du contrat sera beaucoup plus difficile et qu'une renégociation devra être engagée entre parties contractantes.

CONCLUSIONS

24.- Nul doute que le coronavirus est et sera invoqué pour se décharger de ses obligations dans une large palette de situations. Nous assisterons à un feu d'artifices d'interrogations. L'on ne peut que conseiller de veiller à une rédaction judicieuse de la clause, permettant ainsi de maîtriser, à tout le moins partiellement, l'incertitude.