



INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW
INSTITUT INTERNATIONALE POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

NOTE DU SECRETARIAT D'UNIDROIT ξ
SUR
LES PRINCIPES D'UNIDROIT
RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE
INTERNATIONAL
ET
LA CRISE SANITAIRE DU COVID-19 *

ξ La présente note n'a pas pour objectif d'exprimer une position officielle d'UNIDROIT sur l'utilisation ou l'interprétation des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. Elle constitue simplement un document à des fins de discussion publique. Pour tout commentaire, veuillez contacter info@unidroit.org. Date de publication: 15 juillet 2020.

* Le Secrétariat d'UNIDROIT tient à remercier le Professeur Michael Joachim Bonell pour son aide dans la rédaction de la note et le Professeur Marcel Fontaine pour ses commentaires détaillés sur plusieurs versions du document. De même, une gratitude particulière est due au Professeur Bénédicte Fauvarque-Cosson, à Christopher Seppala, à Federico Parise Kuhnle et au Professeur Don Wallace pour leurs commentaires et suggestions très utiles.

- I -**INTRODUCTION**

1. **LE DECLENCHEMENT D'UNE CRISE SANITAIRE ET ECONOMIQUE.** L'apparition dans la ville chinoise de Wuhan d'un certain nombre de patients présentant des symptômes compatibles avec des épisodes antérieurs de maladies liées à des coronavirus a d'abord évolué en une épidémie locale, puis, peu après, en une pandémie mondiale causée par un type inconnu de virus appelé COVID-19. Son risque potentiel élevé pour la santé, en particulier – mais pas seulement – de certaines parties de la société, ainsi que son taux de contagion rapide ont forcé les Gouvernements (à des moments différents et avec des niveaux d'intensité disparates) à adopter des mesures économiques et juridiques qui ont donné lieu à une multitude de problèmes juridiques dans pratiquement tous les domaines du droit. Une grande partie de l'activité économique a été soit considérablement réduite, soit complètement arrêtée. Cela a eu un effet immédiat sur les transactions sur le marché ainsi que sur les relations contractuelles en cours. Les problèmes relatifs à l'exécution des obligations contractuelles sont devenus l'une des conséquences les plus importantes et les plus répandues à la fois de la pandémie et des mesures adoptées en conséquence.

2. **LES EFFETS DE LA SITUATION SUR LES RELATIONS CONTRACTUELLES.** L'impact de la pandémie sur l'exécution des obligations contractuelles affecte les contrats tant au niveau national (c'est-à-dire les contrats entre parties dans le même pays, soumis en tout ou en partie au droit national) qu'international (c'est-à-dire les contrats entre parties situées dans des juridictions différentes ou ayant une composante transfrontalière). Au niveau national, les pays ont fait face à la situation soit en appliquant leur droit national général des contrats, soit en adoptant une législation d'urgence, soit en combinant les deux. La complexité et la gravité de la situation factuelle résultant de la pandémie mettent à rude épreuve de nombreux cadres généraux et traditionnels du droit national des contrats qui avaient déjà du mal à s'adapter aux besoins de la réalité moderne du marché. En outre, pour les contrats à composante internationale, à moins qu'un système de droit international privé adéquat ne soit en place, les frictions entre les différents systèmes juridiques concernés pourraient constituer un risque supplémentaire, car il existe souvent un manque de cohérence et de coordination entre les solutions envisagées dans les différents pays. Cette situation ne manquera pas d'entraver la reprise économique à mesure que la pandémie perdra de sa vigueur. Pour remédier à cette situation, on pourrait recourir à des instruments juridiques transnationaux modernes, qui offrent des solutions de pointe, souples et adaptables aux circonstances variées de chaque pays.

3. **LES PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL COMME INSTRUMENT DE DROIT TRANSNATIONAL APPROPRIÉ POUR FAIRE FACE A LA SITUATION.** En 1994, l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) a approuvé et publié une codification privée ou "*restatement*" du droit international des contrats intitulée "Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international" (ci-après, les Principes) ¹. Préparés par un groupe d'experts indépendants issus de tous les grands systèmes juridiques et de toutes les régions géopolitiques du monde, les Principes en sont à

¹ Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, 4^{ème} éd. 2016, texte complet en français disponible à <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016>.

leur quatrième édition, adoptée en 2016, et ont été traduits dans plus de 20 langues ². Les Principes représentent *le seul instrument mondial* offrant un ensemble de règles générales complètes applicables à différents types de contrats commerciaux, par opposition à d'autres documents de droit transnational qui sont soit géographiquement limités dans leur origine, soit matériellement limités dans leur portée à certains types de contrats ³. Les Principes, qui sont l'un des fleurons d'UNIDROIT et qui sont réputés tant chez les universitaires que chez les praticiens, ont influencé les législateurs nationaux et internationaux et sont appliqués dans la pratique par les parties, les arbitres et les tribunaux de diverses manières ⁴.

Les différentes façons dont les Principes d'UNIDROIT peuvent être utilisés dans la pratique sont exposées dans leur Préambule. Outre leur utilisation comme règles de droit régissant le contrat et comme moyen d'interpréter et de compléter les instruments internationaux de droit uniforme, le Préambule indique expressément que les Principes peuvent être utilisés comme moyen d'interpréter et de compléter le droit national et "servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux".

4. **LES PRINCIPES ET LE COVID-19: L'OBJET DU DOCUMENT.** Ce document vise à offrir des orientations sur la manière dont les Principes pourraient aider à résoudre les principaux bouleversements contractuels causés par la pandémie et par les mesures adoptées en conséquence. Plutôt que de prescrire des solutions spécifiques, le document guide le lecteur tout au long du processus, l'amenant à poser les questions appropriées et à examiner les faits et circonstances pertinents de chaque cas. Naturellement, les solutions varieront en fonction du contexte disparate de la pandémie dans chaque juridiction et, même avec un ensemble de règles souples comme les Principes, il n'existe pas de solution unique.

5. Le document, qui examine les différentes façons dont les Principes ont été utilisés jusqu'à présent dans la pratique, vise à (i) aider les parties à utiliser les Principes lors de la mise en œuvre et de l'interprétation de leurs contrats existants ou lors de la rédaction de nouveaux contrats en période de pandémie et après; (ii) aider les tribunaux et les cours d'arbitrage ou d'autres organes de décision à trancher les litiges découlant de ces contrats; et (iii) fournir aux législateurs un outil pour moderniser leur réglementation en matière de droit des contrats, chaque fois que cela est nécessaire, voire pour adopter des règles spéciales pour la situation d'urgence actuelle.

6. **LA PORTEE DU DOCUMENT: LES EFFETS DE LA PANDEMIE ET DE SES MESURES DE CONFINEMENT SUR L'EXECUTION DES CONTRATS.** Bien que la pandémie puisse entraver l'exécution ordinaire des contrats commerciaux de nombreuses façons, les problèmes les plus évidents concernent l'exécution par au moins l'une des parties. Il est nécessaire d'analyser si les parties peuvent invoquer le COVID-19 comme cause d'exonération de responsabilité en cas d'inexécution et, le cas échéant, sur la base de quels concepts et dans

² Pour les éditions linguistiques disponibles gratuitement sur Internet, voir <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016>.

³ Les Principes ont été formellement avalisés par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) qui a unanimement salué leur utilisation, le cas échéant, aux fins prévues (Rapport de la Commission sur les travaux de sa 45^{ème} session (A/67/17), 2012, para. 137-140).

⁴ Pour de nombreuses références à la jurisprudence et à la bibliographie sur les Principes, voir la base de données Unilex à l'adresse <http://www.unilex.info/instrument/principles>.

quelles conditions; en outre, l'analyse devrait également couvrir la situation, probablement courante dans la pratique, où l'exécution des prestations est encore possible, mais où, dans les circonstances, elle est devenue *sensiblement plus difficile et/ou onéreuse*.

7. **CONCEPTS AU NIVEAU NATIONAL.** Au niveau national, les deux situations mentionnées ci-dessus sont normalement examinées selon des concepts traditionnels tels que "*frustration*", "acte de Dieu", "*impossibilité*", "*Unmöglichkeit*", "*imposibilidad en el cumplimiento*", ou "imprévision", "*Störung der Geschäftsgrundlage*", "*rebus sic stantibus*", pour n'en citer que quelques-uns, et les solutions peuvent varier considérablement d'un pays à l'autre. En outre, dans certaines juridictions, ces concepts ne sont pas expressément réglementés dans une loi ou un code pertinent, et la jurisprudence en la matière n'est pas toujours cohérente.

8. **FORCE MAJEURE ET HARDSHIP DANS LA DIMENSION INTERNATIONALE.** Au niveau transnational, une approche *souple* et *uniforme* est adoptée par les Principes d'UNIDROIT, notamment dans les dispositions relatives à la "*Force majeure*" (article 7.1.7) et au "*Hardship*" (articles 6.2.2-6.2.4). Le traitement de la *force majeure* et du *hardship* dans les Principes a eu une influence considérable dans les contextes nationaux et internationaux. Les articles pertinents ont été introduits, littéralement ou avec peu de modifications, dans un certain nombre de codifications nationales, notamment celles de la République populaire de Chine (uniquement la *force majeure*), de la Fédération de Russie, de la France, de l'Argentine, de l'Estonie, de la Lituanie ou du Brésil. Au niveau international, la *Clause de hardship 2020 de la CCI* s'inspire des articles 6.2.1, 6.2.2 et 6.2.3 des Principes d'UNIDROIT⁵. De même, les *ITC Contractual Joint Venture Model Agreements* publiés en 2004 par le Centre du commerce international CNUCED/OMC indiquent expressément que les articles 18 et 19 traitant respectivement du *hardship* et de la *force majeure* ont été inspirés par les dispositions correspondantes des Principes⁶.

9. **LE PRINCIPAL AVANTAGE DU TRAITEMENT DE LA FORCE MAJEURE ET DU HARDSHIP DANS LES PRINCIPES RESIDE DANS SA SOUPLESSE.** Contrairement à une approche plus traditionnelle, les Principes ne lient pas le recours éventuel à la *force majeure* pour une exonération de responsabilité en cas d'inexécution à une stricte impossibilité d'exécuter ou à une disparition de la finalité du contrat. La référence à la notion d'*empêchement* permet au débiteur de recourir à la *force majeure*, même lorsqu'une certaine forme d'exécution est encore techniquement possible mais que l'*empêchement* répond aux exigences strictes énoncées dans la disposition (voir ci-dessous para. 13 et suivants)⁷. En outre, la réglementation novatrice du *hardship* et de ses conséquences (voir ci-dessous, para. 33 et suivants) tient compte de l'intérêt éventuel des parties à préserver la valeur du contrat existant tout en remédiant au déséquilibre créé par l'événement de *hardship*. La principale caractéristique du régime applicable en cas de *hardship* consiste peut-être à permettre à la partie lésée de demander des renégociations, ce qui est certainement une manière très souple d'encourager les parties à trouver les réponses appropriées à la nouvelle situation créée par le changement de circonstances. Comme nous le verrons dans les sections suivantes, ce type de flexibilité facilite la résolution raisonnable des controverses, une caractéristique très pertinente pour

5 Cf. <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>, p. 6 (en anglais).

6 Cf. <http://www.mid-as.it/wp-content/uploads/ITC-Contractual-Joint-Venture-Model-Agreements.pdf>, pp. 56-57 (en anglais).

7 A cet égard, l'article 7.1.7 des Principes d'UNIDROIT est libellé sur le modèle de l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM).

les périodes COVID-19 et post-COVID, lorsque éviter des poursuites judiciaires peut s'avérer essentiel pour le système juridique d'un pays.

10. **LE CONTENU DU DOCUMENT.** Dans les sections suivantes, nous présenterons brièvement les principaux contours de la *force majeure* et du *hardship* et nous nous concentrerons sur la manière dont les Principes peuvent aider à résoudre ces types de problèmes contractuels créés par la crise du COVID-19 (II et III). Avant cela, cependant, cette section d'introduction fournira une présentation des éléments factuels, provenant de sources officielles, qui ont été pris en considération pour l'analyse ("Description du cas"). La référence à des données provenant de pays spécifiques, représentatifs de toutes les régions du monde, n'est incluse que pour donner une image générale de la situation mondiale à des moments donnés. Il convient de noter que tout ou partie de ces faits peuvent ne pas être applicables – ou pertinents – pour d'autres pays spécifiques. Le Secrétariat décline toute responsabilité quant à la véracité des informations reproduites dans la description du cas, et l'analyse doit être lue, *mutatis mutandis*, en tenant compte de tout autre fait qui interviendrait.

COMMENT LIRE LE PRESENT DOCUMENT

Le document doit être lu en même temps que les Principes et leur commentaire. Bien que des références croisées soient incluses chaque fois que cela est pertinent, les Principes fournissent un système complet et fermé, et d'autres articles et commentaires - non cités - devraient aider à l'interprétation de la note et à l'application des Principes aux cas générés par le COVID-19. En outre, le document est conçu pour être lu dans son intégralité. La partie de l'analyse qui est commune à la force majeure et au hardship n'est incluse qu'une fois, par conséquent, le lecteur qui passe directement à la section sur le hardship peut passer à côté de certaines informations précieuses.

DESCRIPTION DU CAS

Le 31 décembre 2019, la Commission municipale de la santé de Wuhan a signalé un groupe de cas de pneumonie à Wuhan liés à un nouveau coronavirus. Le 13 janvier 2020, le premier cas de ce virus hors de Chine a été confirmé en Thaïlande. Le 30 janvier 2020, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a déclaré une urgence de santé publique de portée internationale (PHEIC). A cette date, il y avait au total 7818 cas confirmés dans le monde, dont la majorité en Chine, et 82 cas signalés dans 18 pays hors de Chine. Le 11 février 2020, le nouveau coronavirus a été nommé COVID-19. Le 7 mars 2020, le nombre total de cas de COVID-19 dans le monde a dépassé les 100.000, avec des cas signalés dans 100 pays. Le 11 mars 2020, l'OMS a qualifié le COVID-19 de pandémie. Depuis le début de l'année 2020, l'évolution de la situation a été rendue publique au niveau international, atteignant rapidement les grands médias. A mesure que la situation s'est aggravée, les informations disponibles sur le virus et ses principales caractéristiques se sont multipliées. Au moment où l'OMS a déclaré la pandémie, il était notoire que (i) le virus avait la capacité de se propager rapidement et de manière agressive; (ii) des mesures spéciales étaient nécessaires dans chaque pays où la présence du virus avait été détectée; (iii) les types de mesures adoptées dépendaient du pays, à ce moment-là ⁸.

En ce qui concerne la propagation du virus, les dates des cas officiellement enregistrés sont les suivantes, organisées par régions: (i) décembre 2019, Chine; 16 janvier 2020, Japon; 20 janvier, premiers cas enregistrés en Corée du Sud; entre le 21 et le 24 janvier, des cas ont été enregistrés à Taïwan, Hong Kong, Macao, Singapour, Malaisie, Vietnam et Népal. Le premier cas en Amérique du Nord a été identifié aux Etats-Unis d'Amérique le 21 janvier, et au Canada le 25 janvier. En Europe, les premiers cas ont été enregistrés en France (24 janvier), en Allemagne (27 janvier), en Finlande (29 janvier) et en Espagne, en Italie et au Royaume-Uni (31 janvier). La progression des cas a été rapide et régulière, avec 100.000 (7 mars), 1 million (2 avril), 2 millions (15 avril), 5 millions (21 mai), 9 millions (22 juin) et plus de 10.190.000 de cas au 29 juin. De même, le nombre de décès officiellement enregistrés a également augmenté rapidement: le premier décès en dehors de la Chine a été enregistré le 1er février (Philippines); la progression comprend, comme étapes, 5.000 décès (13 mars), 30.000 décès (28 mars), 50.000 décès (2 avril), 100.000 (10 avril), 200.000 (25 avril), 300.000 (14 mai), 400.000 (8 juin); et, le 29 juin, le nombre actuel est de plus d'un demi-million ⁹.

Les chiffres montrent que, s'il existe une contagion régionale, il n'y a pas nécessairement de corrélation directe entre la contagion et la proximité géographique. En raison de l'intense circulation transfrontalière des personnes, la contagion se produit à grande vitesse entre différentes régions. Bien que le nombre de cas et de victimes varie d'un pays à l'autre, on peut supposer sans risque qu'à un moment donné, un pourcentage élevé de personnes dans chaque pays était conscient (i) de l'existence d'une menace pour la santé, (ii) de la probabilité que des mesures spéciales limitant les déplacements et les activités économiques doivent être adoptées. En ce qui concerne les mesures prises, tous les pays ont adopté des mesures restrictives sur les activités sociales et économiques à mesure que la pandémie se propageait à l'intérieur de leurs frontières. Ces mesures ont varié en intensité dans les différentes parties du monde et peuvent être divisées en trois catégories: le type 1 avec des restrictions strictes, soit un confinement national ou régional de l'activité

⁸ Source: WHO, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen> (en anglais).

⁹ Source: John Hopkins University, <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> (en anglais).

sociale et de la liberté de circulation imposé par des décrets légaux et une suspension à grande échelle des activités économiques; le type 2 avec des restrictions de l'activité sociale, des règles modérées à strictes sur la distanciation sociale, des restrictions légères à strictes de la liberté de circulation, des frontières partiellement fermées avec une activité économique entravée; et le type 3 avec des mesures limitées sans confinement obligatoire, quelques mesures économiques et surtout des recommandations sur la distanciation sociale avec des frontières ouvertes ou fermées à des degrés divers. Presque tous les pays ont déclaré des urgences de santé publique pour gérer leurs crises. Parmi les 30 pays examinés pour ce document, 14 (Afrique du sud, Allemagne, Arabie saoudite, Australie, Chine, Espagne, France, Inde, Italie, Jordanie, Malaisie, Maroc, Mexique, Nigeria) ont mis en œuvre des mesures pouvant être considérées comme de type 1; 13 (Algérie, Brésil, Cameroun, Canada, Etats-Unis d'Amérique, Indonésie, Iran, Kenya, Pakistan, Pays-Bas, Royaume-Uni, Russie et Turquie) ont mis en œuvre des mesures pouvant être considérées comme de type 2; tandis que 3 (Corée du Sud, Japon et Suède) ont mis en œuvre des mesures pouvant être considérées comme de type 3.¹⁰

On peut supposer sans risque que, à l'exception peut-être de cas très complexes ou de certains secteurs disposant de beaucoup plus d'informations que les parties ordinaires à un contrat, le déclenchement d'une pandémie de cette intensité n'était pas prévisible. Pourtant, dès lors qu'il y a une alerte sanitaire dans un pays et que les informations disponibles sur le virus augmentent, la prévisibilité de l'arrivée de problèmes dans son propre pays s'accroît en conséquence. L'examen des mesures adoptées pour contenir la crise sanitaire ne commence qu'après l'obtention d'un certain niveau d'information sur le type de maladie, qui permettrait de suivre les connaissances du public sur la probabilité d'expansion de la pandémie: autrement dit, la prévisibilité des types de mesures vient après la prévisibilité de la pandémie, puisqu'il n'y a pas de mesures tant qu'il n'y a pas de problème sanitaire. Et, sauf dans certains domaines du secteur médical, une opinion raisonnablement acquise sur ce que les mesures de confinement pourraient impliquer n'apparaîtrait qu'après un certain temps après l'apparition de l'épidémie. Et, étant donné les différentes réponses données par les pays au début de la crise du COVID-19, on s'attendrait à ce que les parties prêtent attention à la réponse politique nationale (alors qu'après quelques semaines seulement on disposait d'informations relativement claires quant à la menace potentielle de contagion posée par la pandémie, ni la gravité exacte de la maladie ni la meilleure façon d'aborder le problème ne pouvaient être clairement déduites des perspectives comparatives).

11. **MOMENT, LIEU ET AUTRES CIRCONSTANCES PERTINENTES.** En relation avec la description du cas fournie ci-dessus, le moment de la conclusion du contrat dont l'exécution est affectée par la pandémie peut constituer une variable pertinente influençant le résultat de l'analyse. On peut envisager qu'il puisse y avoir au moins quatre situations différentes selon le moment de la conclusion du contrat: (i) avant le 31 décembre 2019; (ii) après le 31 décembre 2019 mais avant le 13 mars 2020 (pandémie déclarée par l'OMS) ou lorsque la crise sanitaire était du domaine public dans le pays concerné, quel que soit le premier événement; (iii) pendant l'état d'urgence du pays concerné (c'est-à-dire la période pendant laquelle des mesures extraordinaires étaient mises en œuvre dans le pays); et (iv) après la fin de l'état d'urgence. Le lecteur qui cherche à savoir comment les Principes peuvent s'appliquer à la situation d'un contrat spécifique, dans un pays donné, peut vouloir examiner les différents scénarios posés par ces moments. Un lecteur concerné par un contrat conclu dans les situations (iii) et (iv) ci-dessus pourrait être particulièrement intéressé par la partie du présent document

¹⁰ Source: le Fonds monétaire international, <https://www.imf.org/fr/Topics/imf-and-covid19/>.

concernant l'inclusion des clauses contractuelles. L'autre variable qui sera pertinente est le lieu d'établissement du débiteur, et dans certains cas, des deux parties, au moment considéré (pour l'impact potentiel de ces facteurs et leurs limites, voir ci-dessous, para. 14 et suivants). Ainsi, l'analyse de tous les cas doit être menée comme si l'interprète résolvait une équation binaire espace-temps, avec un certain nombre de variables supplémentaires qu'il peut être nécessaire de prendre en compte – ou non – en fonction de chaque contrat spécifique.

12. FAITS A PRENDRE EN COMPTE DANS L'ANALYSE DE LA FORCE MAJEURE ET DU HARDSHIP. Ce document se concentre sur les empêchements et les changements de circonstances affectant les relations contractuelles en conséquence du COVID-19. Dans l'analyse ci-dessous, nous avons choisi de regrouper toutes ces circonstances en deux groupes: la pandémie elle-même et, de façon plus importante pour les effets sur l'exécution du contrat, les mesures adoptées pour l'endiguer. Cette séparation est évidemment purement fonctionnelle, et son but est simplement de simplifier une tâche qui serait, autrement, impossible à mener avec un niveau de succès acceptable. Le lecteur fera bien d'affiner sa propre analyse des circonstances spécifiques à un cas particulier, mais nous devons maintenir l'analyse générale à un niveau plus abstrait. Tout est une question de degrés de causalité. Tous les empêchements et changements de circonstances – pertinents – trouvent leur origine dans la crise sanitaire (c'est-à-dire qu'il n'y aurait pas de mesures s'il n'y avait pas de pandémie); un grand nombre de ces empêchements et changements découle plus directement des mesures de confinement (par ex, il n'y aurait pas d'impossibilité d'agir si les frontières n'étaient pas fermées ou si la production n'était pas soumise à un blocage); et, de là, un large éventail de conséquences s'ensuit, formant une chaîne sans fin de causes et d'effets (par exemple, l'incapacité d'un débiteur à payer dérivée d'une augmentation des prix des matières premières utilisées dans sa production à la suite d'une mesure de confinement). Bon nombre des problèmes affectant l'exécution des contrats seront causés par une crise économique dont l'origine se trouve d'abord dans la pandémie et, ensuite, dans les mesures mises en œuvre pour la contenir. Mais la création de catégories supplémentaires ne faciliterait pas l'analyse, car elle élargirait l'ensemble des circonstances pertinentes à prendre en compte et introduirait un tel nombre de variables supplémentaires possibles à considérer que la force majeure et le hardship pourraient être utilisés pour justifier presque toute inexécution. Nous sommes persuadés que cela ne serait pas utile.

- II - FORCE MAJEURE

ARTICLE 7.1.7

(Force majeure)

- 1) *Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un empêchement qui échappe 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 en prévienne ou surmonte les conséquences.*
- 2) *Lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération produit effet pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat.*
- 3) *Le débiteur doit notifier au créancier l'existence de l'empêchement et les conséquences sur son aptitude à exécuter. Si la notification n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'empêchement, le débiteur est tenu à des dommages-intérêts pour le préjudice résultant du défaut de réception.*
- 4) *Les dispositions du présent article n'empêchent pas les parties d'exercer leur droit de résoudre le contrat, de suspendre l'exécution de leurs obligations ou d'exiger les intérêts d'une somme échue.*

13. **LES CONTOURS DE LA FORCE MAJEURE DANS LES PRINCIPES.** Les dispositions relatives à la *force majeure* dans les Principes figurent dans le chapitre sur l'*Inexécution* (Chapitre 7), plus précisément dans la section sur l'*Inexécution en général*. L'application de l'article 7.1.7 a pour effet d'exonérer le débiteur du paiement de dommages-intérêts pour inexécution, et de suspendre l'exécution des obligations lorsque l'empêchement n'est que temporaire, tandis que les autres droits du créancier ne sont pas affectés (voir ci-dessous para. 23). Malgré son nom, la notion de *force majeure* envisagée dans l'article 7.1.7 ne coïncide pas avec le sens traditionnel donné à cette même expression dans de nombreuses juridictions de droit civil. Elle diffère également, par certains éléments, des constructions équivalentes du droit civil et de la *common law*. Elle essaie plutôt de répondre aux besoins de la pratique contractuelle¹¹.

14. Conformément au paragraphe 1 de l'article 7.1.7, pour que le débiteur soit exonéré, l'inexécution doit avoir été causée par un *empêchement*:

- a) qui échappait à la volonté du débiteur,
- b) qui ne pouvait raisonnablement être prévu par le débiteur au moment de la conclusion du contrat, et

¹¹ Comme nous l'avons déjà indiqué, l'article 7.1.7 s'est inspiré de l'article 79 de la CVIM, avec quelques précisions (par exemple, concernant les empêchements temporaires - voir para. 26 ci-dessous) et l'exercice de voies de recours autres que les dommages-intérêts (voir para. 28 ci-dessous).

c) qu'on ne pouvait raisonnablement attendre du débiteur qu'il en prévienne ou en surmonte les conséquences, ni qu'il le prévienne ou le surmonte.

Par conséquent, la première étape de l'analyse consisterait à déterminer si l'apparition du COVID-19 et ses conséquences répondent à ces exigences.

15. **UN EMPECHEMENT TOTAL OU PARTIEL A L'EXECUTION EN TANT QUE CONDITION.** Pour répondre à cette question, il faudrait d'abord déterminer si l'exécution a réellement été empêchée. Les Principes *n'exigent pas une stricte impossibilité d'exécution* pour invoquer la force majeure, mais il doit exister un empêchement pertinent et un lien de causalité entre l'empêchement et l'inexécution. Dans ce cas, le débiteur (c'est-à-dire la partie qui invoque la force majeure) devra prouver le lien de causalité entre la pandémie, ou les mesures adoptées en raison de la pandémie, et l'inexécution de la prestation due en vertu du contrat. La solution peut alors varier selon le *type de contrat ou d'obligation en cause*. Par exemple, l'épidémie de COVID-19 peut avoir empêché l'exécution de certains contrats en affectant *directement* la santé d'un intervenant clé (c'est-à-dire dans les cas où les caractéristiques personnelles du débiteur constituent une partie essentielle de la contrepartie contractuelle)¹², ou *indirectement* en provoquant la suspension temporaire ou la restriction de certaines activités par des mesures de confinement imposées par les pouvoirs publics (fermeture d'usines; limitations des mouvements transfrontaliers affectant les employés ou autres travailleurs, ou ayant un impact sur la possibilité de mener une activité à l'étranger; entraves affectant l'activité des parties commerciales dans d'autres pays, qui par exemple ne peuvent pas importer les marchandises de leurs fournisseurs en raison d'une interdiction d'exportation; etc.). Toutefois, cela ne s'applique pas à tous les types de contrats. D'autres types de contrats pouvaient – et peuvent encore – être régulièrement exécutés pendant la période du COVID-19 parce que leur exécution n'a pas été affectée, ou seulement de manière limitée, par la pandémie elle-même ou par les mesures de confinement (par exemple, certains secteurs du commerce électronique ont même prospéré pendant la pandémie). D'autres conséquences indirectes peuvent avoir un impact sur l'exécution des contrats et, selon les circonstances du cas, peuvent nécessiter un examen dans ce contexte: par exemple, les mesures de confinement peuvent affecter le prix des produits de base en contribuant à une chute spectaculaire (et imprévisible) de la consommation d'un produit de base spécifique; la crainte des employés ou d'autres travailleurs d'un danger pour la santé ou la vie peut avoir un impact sur les activités économiques même lorsque la poursuite de la production est autorisée; les interdictions de voyage et de mouvements internationaux peuvent affecter l'exécution des contrats de voyage à forfait ou d'autres arrangements contractuels similaires¹³. Toutefois, nombre de ces exemples pourraient plus facilement

¹² Comme on le verra plus loin dans le document, l'empêchement doit être externe et objectif, en ce sens qu'il ne doit pas être un problème subjectif du débiteur. Par exemple, une maladie "ordinaire" du débiteur (par exemple, un cas d'appendicite), qui empêche son exécution, ne serait normalement pas considérée comme un cas de force majeure puisque de tels événements font partie du risque ordinaire assumé par les parties à un contrat. La différence avec la pandémie réside dans le caractère exceptionnel de celle-ci: une contagion massive et généralisée sur une courte période, imprévisible par la population, et entraînant une augmentation du risque qui ne pouvait être considérée *ex ante* comme faisant partie de la sphère de risque de l'une des parties. En tout état de cause, cette distinction présente un intérêt plus théorique que pratique: une personne malade du COVID-19 serait immédiatement – et, à notre connaissance, partout – contrainte au confinement, et donc l'exécution aurait sans aucun doute été empêchée par les mesures. C'est précisément en raison des mesures de confinement que les effets physiques de la maladie COVID-19 sur le débiteur ne sont pas pertinents: même une personne malade ne présentant aucun symptôme serait empêchée d'exécuter sa prestation si celle-ci implique un risque de contagion pour des tiers.

¹³ Selon leur Préambule, les Principes s'appliquent aux contrats "du commerce", c'est-à-dire qu'ils excluent les contrats conclus par une partie autrement que dans le cadre de son activité professionnelle

entrer dans la catégorie du hardship (voir ci-dessous para. 33 et suivants) et, en tout état de cause, ils devraient passer le test des conditions strictes prescrites dans les dispositions pertinentes.

16. **SUR LA NATURE DE CERTAINS EMPÊCHEMENTS.** Un autre élément qui doit être dûment pris en considération concerne la nature des restrictions ou des mesures de confinement. Afin d'évaluer la pertinence de l'empêchement, le caractère obligatoire des restrictions semble essentiel. Par exemple, s'il ne fait aucun doute que l'arrêt obligatoire de l'activité de l'usine qui produit l'article à fournir constitue un empêchement pertinent pour le producteur qui est contractuellement obligé de fournir l'article, une simple recommandation de faire preuve de prudence dans la production ou l'imposition d'un nombre limité d'employés dans l'espace de travail peut ne pas toujours répondre aussi clairement à cette exigence. Il faudrait tenir compte d'autres éléments du cas factuel avant de parvenir à une réponse. En tout état de cause, ce dernier type de situation pourrait être mieux résolu en ayant recours au hardship (voir ci-dessous la Partie III).

17. **FORCE MAJEURE ET "CARACTÈRE RAISONNABLE".** Les critères énoncés dans l'article 7.1.7 sont basés sur la notion de "caractère raisonnable" et sont donc délibérément très souples. L'application des critères ne se prête pas à des réponses générales claires *in abstracto*, mais fournit seulement les éléments pour parvenir à des solutions *in concreto*: comme on le verra dans l'analyse qui suit, l'interprète doit considérer ce qu'une personne agissant de bonne foi et dans la même situation que les parties considérerait comme raisonnable, compte tenu de la nature et de l'objet du contrat, des circonstances de l'espèce et des usages et pratiques des métiers ou professions concernés.

Les Principes, comme d'autres instruments internationaux sur le droit uniforme des contrats tels que la CVIM, ne contiennent pas de définition expresse du "caractère raisonnable". Pour une définition expresse, conforme à sa signification dans les Principes, voir par exemple l'article 1:302 des Principes du droit européen des contrats: "*Doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées.*"

18. **AU-DELA DU CONTROLE DES PARTIES.** Conformément à l'article 7.1.7, l'empêchement qui cause la force majeure doit échapper au contrôle du débiteur. Il ne fait guère de doute que tant le déclenchement de la crise du COVID-19 que les mesures adoptées pour prévenir la contagion échappent au contrôle de toutes les parties à un contrat, étant donné qu'elles ne peuvent pas influencer l'origine de l'une ou l'autre ¹⁴. L'exigence de contrôle concerne

(cf. Préambule, Commentaire 2). Si une partie des voyages à forfait concerne les consommateurs (et serait donc exclue du champ d'application des Principes), une autre partie concerne les contrats commerciaux et professionnels, les agents de voyage, les guides touristiques, les hôtels ou les services de transport formant un réseau de contrats où les Principes seraient applicables.

¹⁴ Cela pourrait même être le cas en ce qui concerne les mesures adoptées pour prévenir la contagion, lorsque l'une des parties contractantes est une institution publique. Dans cette situation, l'adoption de la mesure échapperait au contrôle de la partie publique lorsque - comme ce serait le cas

l'empêchement en tant que tel (par exemple, la pandémie, le confinement) et sa capacité à affecter l'exécution en général, mais elle ne se réfère pas à la situation subjective du débiteur. Par exemple, le cas dans lequel le débiteur, personne physique, n'exécute pas un contrat *intuitu personae* en raison de la maladie (i) que le débiteur a contractée volontairement (par ex., il était jeune, n'avait pas peur et a utilisé la maladie pour éviter l'exécution), ou (ii) par suite d'un manquement imprudent à des mesures obligatoires, il n'y aurait probablement pas d'exception de force majeure, mais cela serait peut-être dû à l'absence de bonne foi et/ou à l'incapacité du débiteur à surmonter les circonstances, mais probablement pas parce que l'on peut dire que la santé du débiteur était "sous son contrôle".

19. L'EXIGENCE D'IMPREVISIBILITE ET LA PERTINENCE EVENTUELLE DE LA DISTINCTION ENTRE L'APPARITION DU VIRUS ET SES CONSEQUENCES. En ce qui concerne l'exigence d'imprévisibilité de l'empêchement au moment de la conclusion du contrat (paragraphe 1 de l'article 7.1.7), l'analyse pourrait dans certains cas bénéficier de la distinction entre la pandémie en tant que telle et les différentes mesures de confinement imposées par les autorités publiques des différents pays, car leur prévisibilité n'est pas nécessairement la même. Nous ferons une différence dans l'analyse dans les paragraphes suivants, le cas échéant.

20. LE MOMENT ET LE LIEU COMME ELEMENTS FACTUELS CLES DE L'ANALYSE. Afin de déterminer si l'empêchement que constitue l'apparition du COVID-19 était imprévisible, toutes les circonstances factuelles pertinentes doivent être prises en compte. Deux éléments semblent être pertinents dans chaque cas: le moment de la conclusion du contrat et le lieu d'établissement des parties¹⁵. Tant le moment que le lieu seront nécessaires pour permettre une cristallisation des circonstances pertinentes applicables à un contrat spécifique, puisque ni le moment de l'apparition de la crise sanitaire ni les mesures adoptées pour la contenir ne se sont produits partout en même temps.

21. Sauf considération d'autres circonstances, la question de savoir si les parties pouvaient – ou ne pouvaient pas – raisonnablement prévoir l'apparition du COVID-19 dépendrait du moment de la conclusion du contrat, pour lequel différentes dates peuvent entrer en jeu, compte tenu de certaines étapes importantes dans le développement de la crise sanitaire et de leur arrivée dans le domaine public: (i) *au niveau international*, fin décembre 2019, en conjonction avec les premières annonces de la maladie par les autorités chinoises; après le 30 janvier 2020, lorsque l'OMS a déclaré que le COVID-19 était une "urgence de santé publique de portée internationale"; ou après le 11 mars 2020, lorsque le COVID-19 a été officiellement déclaré comme une pandémie; (ii) *en ce qui concerne un pays spécifique*, lorsque la situation a atteint un certain niveau de gravité et a attiré suffisamment l'attention du public, un fait qui doit être déterminé au cas par cas et qui pourrait sembler influencer la prévisibilité davantage que les dates générales et internationales mentionnées précédemment. Jusqu'à ce que la pandémie atteigne le ou les pays où les parties ont leur siège, les nouvelles d'un risque sanitaire survenant à l'étranger ne porteraient, dans certains cas, que sur la probabilité que la pandémie se propage au pays concerné. Dans ce type de cas, à première vue, le fait que les parties aient leur établissement dans les régions les plus

le plus fréquent – l'approbation de la décision de décréter, par exemple, un confinement ne relève pas des compétences de l'entreprise ou de l'organisme public en question; de même, le même résultat serait obtenu lorsque l'administration publique a un mandat général de garantir un intérêt public, et que cet intérêt public consisterait à empêcher la contagion pour la population.

¹⁵ Pour la définition de "établissement" pertinent lorsqu'une partie a plus d'un établissement, voir l'article 1.11 des Principes: "l'établissement" à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution, eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat".

touchées par le virus pourrait avoir augmenté la probabilité de contagion et donc la prévisibilité de l'empêchement. En théorie - c'est ainsi que l'argument serait avancé - plus le lieu d'établissement des parties est proche d'un pays où la crise sanitaire est déjà présente, plus on aurait raisonnablement pu s'attendre à ce que la pandémie et ses conséquences sur l'exécution des contrats soient prévisibles. Or, les faits montrent que la propagation de la maladie ne s'est pas nécessairement produite entre pays limitrophes, de sorte que la contagion régionale n'est peut-être pas une conclusion incontestable et, plus important encore, la distance géographique entre deux pays n'est peut-être pas, en soi, suffisante pour écarter la prévisibilité. Cela ne fait que montrer la complexité d'une analyse de la prévisibilité basée sur des nouvelles ou des informations qui concernent des pays étrangers. En outre, la situation dans laquelle le pays d'une partie n'a pas encore été touché par la pandémie (et où aucune mesure n'est en place) concerne également un groupe de cas où la prévisibilité pourrait être attendue, car les événements dans les pays étrangers - qui connaissent déjà des problèmes de santé - sont susceptibles d'affecter l'exécution du débiteur. Par exemple, une entreprise ayant son siège dans un pays A, qui ne connaît pas encore de crise sanitaire, achète des matières premières pour sa propre production et son propre processus de transformation à une entreprise située dans un pays B, gravement touché par le COVID-19. Dans ce cas, on pourrait faire valoir que l'entreprise du pays A pourrait raisonnablement prévoir, à un moment donné, que l'éventuel défaut de livraison du fournisseur du pays B constituerait un empêchement à sa propre exécution dans le cadre d'un autre contrat avec un tiers.

22. **MESURES GOUVERNEMENTALES ET PREVISIBILITE.** La complexité de l'analyse s'accroît une fois que la pandémie a franchi les frontières du (des) pays des parties où l'élément des mesures adoptées par les gouvernements nationaux doit être pris en compte. Il n'y a pas eu un seul ensemble uniforme de mesures appliquées par les gouvernements dans tous les domaines: les types de mesures varient de simples recommandations à un verrouillage économique complet et à un confinement total dans les foyers; et le calendrier d'adoption des mesures a également varié, en fonction principalement de l'évolution de la crise sanitaire au niveau national. Chaque pays a ses variations et l'analyse de la prévisibilité doit, là encore, être locale. Dans la mesure où il est jugé pertinent de déterminer la prévisibilité objective dans un cas donné, les informations suivantes pourraient être considérées comme pertinentes pour évaluer la prévisibilité: (i) une majorité de pays ont appliqué un verrouillage total, des mesures de confinement strictes et des interdictions de voyage pendant au moins une partie de la période où la crise sanitaire s'est produite, et les nouvelles concernant ces mesures strictes ont fait la une des médias internationaux presque immédiatement après leur adoption; (ii) à quelques exceptions près, une majorité de pays ont appliqué les mesures progressivement; (iii) à quelques exceptions près, les restrictions étaient obligatoires, c'est-à-dire imposées aux personnes vivant dans chaque pays. Compte tenu de ce scénario *global*, et en fonction du moment de la conclusion du contrat et du lieu d'établissement des parties, il faudrait déterminer si ces parties auraient pu *raisonnablement* prévoir les mesures adoptées *localement* par leurs gouvernements, compte tenu des variables qui viennent d'être mentionnées ainsi que des complexités supplémentaires créées par la possibilité que, dans des circonstances spécifiques, on puisse raisonnablement s'attendre à ce que le débiteur ait connaissance des mesures introduites dans un autre pays, indépendamment de la proximité géographique (voir l'exemple donné ci-dessus, au paragraphe précédent). Un autre élément factuel à prendre en considération est la "dimension régionale/territoriale" potentielle de l'action gouvernementale. Par exemple, il convient d'analyser dans quelle mesure une entreprise ayant son établissement sur le territoire d'un Etat non (encore) soumis à des mesures de confinement, alors que d'autres territoires du même Etat ont été intéressés par de telles mesures, devrait raisonnablement prévoir que son propre territoire sera probablement soumis à des restrictions similaires dans un avenir proche.

23. **PREVISIBILITE APRES LA MAITRISE DE LA PANDEMIE ET LA LEVEE DES MESURES.** En ce qui concerne le moment de la conclusion du contrat, l'analyse doit fournir un aperçu prospectif de la situation des contrats au lendemain de la pandémie. Plus précisément, la question porterait sur la prévisibilité des conséquences sur l'exécution des contrats en cas de seconde vague potentielle – ou de vagues ultérieures – de la pandémie. Une analyse factuelle semblerait indiquer qu'il n'y a pas non plus de réponse claire à cette question, car il semble peu probable qu'il y ait un moment défini de fin de la crise sanitaire, du moins tant qu'un vaccin ou tout autre type de remède permanent ne sera pas trouvé. L'expérience a montré que même les pays qui avaient réduit la pandémie au point de n'enregistrer aucun cas pendant plus longtemps que la période d'incubation (c'est-à-dire 15 jours sans aucun cas) ont connu des foyers d'infection occasionnels. Si la mobilité mondiale des passagers et des marchandises est rétablie, et compte tenu du degré élevé de pénétration du virus dans de nombreux pays à travers le monde, la probabilité d'une résurgence de la crise au moins localement ne doit pas être négligée. La complexité de l'analyse s'accroît lorsqu'on tient compte de la nécessité de prévoir également le type de mesures qui seraient adoptées en cas de seconde vague générale – ou de nombreuses vagues locales – et successives. Une partie contractante pourrait-elle s'attendre à ce que des mesures de confinement encore plus strictes soient raisonnablement prévisibles, ou du moins des mesures similaires à celles qui sont actuellement adoptées ? Ou, plutôt, à la lumière des informations déjà disponibles, ne serait-il pas raisonnable de s'attendre à ce que la stratégie soit axée sur la recherche d'un confinement local des points focaux (donc sans confinement général ou restrictions générales des déplacements) ? Il est certain que ce scénario présente un niveau élevé d'incertitude, ce qui pourrait plaider en faveur de sa réglementation spécifique dans les futurs contrats par le biais de clauses contractuelles *ad hoc* ¹⁶.

24. **LA FORCE MAJEURE ET L'OBLIGATION (OU NON) D'AGIR DU DEBITEUR POUR SURMONTER LES CIRCONSTANCES.** Selon l'article 7.1.7, outre le fait que l'empêchement échappe au contrôle du débiteur et soit imprévisible au moment de la conclusion du contrat, l'exonération de responsabilité pour inexécution exige que le débiteur prouve qu'on ne pouvait *raisonnablement* attendre de lui qu'il prévienne ou surmonte l'empêchement ou ses conséquences. En ce qui concerne les conséquences *directes* de l'empêchement, il semble difficile de contester le fait que si le débiteur n'était pas en mesure d'exécuter son obligation pour cause de maladie, et si la prestation était liée à sa personne (par exemple un chanteur contractuellement lié à une soirée spécifique), le débiteur pourrait facilement prouver qu'il n'était pas en mesure de prévenir ou de surmonter l'empêchement. En ce qui concerne l'effet des mesures de confinement, le débiteur doit prouver qu'il n'a pas pu prévenir ou surmonter l'empêchement. Cette preuve peut être relativement facile à apporter si les mesures imposées provoquent un arrêt complet de l'activité économique. Mais que se passe-t-il si l'activité économique est moins affectée et/ou si d'autres sources d'approvisionnement ou d'autres itinéraires ou moyens de transport sont disponibles, éventuellement même dans d'autres parties du pays concerné ou au moins à l'étranger? Dans quelle mesure pourrait-on raisonnablement s'attendre à ce que le débiteur y ait recours? Même s'il doit payer un prix sensiblement plus élevé? Dans un tel cas, le débiteur pourrait être autorisé à invoquer, sinon la force majeure, du moins le hardship et à demander la renégociation du contrat (voir la section sur le hardship aux para. 33 et suivants ci-dessous).

25. **NOTIFICATION DE L'EXISTENCE DE L'EMPECHEMENT.** Conformément au paragraphe 3 de l'article 7.1.7 des Principes, le débiteur doit "notifier au créancier l'existence de l'empêchement et les conséquences sur son aptitude à exécuter dans un délai raisonnable à

¹⁶ Voir le paragraphe 30 ci-dessous.

partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'empêchement", ou peut être tenu à des dommages-intérêts pour le préjudice résultant de l'absence d'une telle notification¹⁷. Par exemple, si le créancier, en l'absence de toute notification du débiteur et donc ne pouvant savoir que ce dernier est empêché de livrer les marchandises à temps, revend les marchandises à un tiers et que les marchandises doivent être livrées à ce tiers après la survenance de l'empêchement mais avant que le créancier n'en ait effectivement reçu notification tardive, il peut demander au débiteur des dommages-intérêts, c'est-à-dire être mis dans la même situation que s'il avait reçu la notification de l'empêchement à temps. Naturellement, l'obligation de réparer le préjudice, ou le montant des dommages-intérêts, peut être affecté par la probabilité que le créancier savait ou aurait dû avoir connaissance de l'empêchement et/ou de ses conséquences, malgré l'absence de notification. En d'autres termes, l'obligation d'indemniser le préjudice subi par l'absence - ou le retard - de notification peut être compensée, dans certaines situations de fait, lorsque, compte tenu de la présence généralisée de la pandémie et de ses mesures dans le domaine public, le créancier serait réputé avoir eu connaissance de l'empêchement.

26. LE DEVOIR D'ATTENUER LE PREJUDICE. En effet, en application de l'obligation générale d'atténuer le préjudice contenue dans les Principes, le créancier ne peut pas rester passif, et tout dommage qu'il aurait pu éviter en prenant des "mesures raisonnables" pour le réduire ne serait pas indemnisé (cf. article 7.4.8). Ainsi, si dans l'exemple donné ci-dessus, le créancier – comme cela peut très bien être le cas dans le contexte d'un cas de force majeure dû au COVID-19 – a connaissance par d'autres sources (par exemple la presse ou d'autres médias) de l'incapacité du débiteur à exécuter ses obligations, on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce qu'il prenne des mesures pour atténuer le préjudice, par exemple en ne revendant pas les marchandises ou en les revendant à d'autres conditions.

27. LE MOMENT DE L'EFFET DE LA FORCE MAJEURE POUR UNE EXONERATION DE L'EXECUTION. Etant donné que la plupart des mesures de confinement sont (ou du moins, à l'origine, devaient être) de nature temporaire, l'exonération doit produire ses effets "pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat" (paragraphe 2 de l'article 7.1.7.). Il convient de noter que la durée de l'exonération de l'exécution n'est pas équivalente à la durée de l'événement empêchant l'exécution du contrat en tant que tel (dans ce cas, par exemple, l'état d'urgence déclaré ou la fermeture d'une usine), mais à l'effet de cet événement sur la possibilité de réaliser l'exécution due au titre du contrat, qui peut être plus courte ou - plus fréquemment - plus longue que l'événement empêchant l'exécution du contrat. Ainsi, si, par exemple, en raison du COVID-19, l'usine a été fermée pendant cinq mois, mais que le processus de production ne pouvait raisonnablement être repris complètement qu'après un mois supplémentaire, le débiteur est exonéré d'exécution pour un total de six mois.

28. L'APPLICATION DE PRINCIPES GENERAUX SUPPLEMENTAIRES PAR LES PARTIES A LA SITUATION DU COVID-19: PRINCIPE DE BONNE FOI ET DEVOIR DE COOPERATION. En outre, en application du principe général de bonne foi et du devoir de coopération entre les parties contenus dans les Principes (cf. articles 1.7 et 5.1.3)¹⁸, le créancier doit faire tout ce que

¹⁷ Les Principes ne prévoient pas expressément l'obligation de notifier la cessation de l'empêchement en cas d'événements de force majeure temporaire. Pour la possibilité pour les parties d'insérer des clauses supplémentaires sur la notification, voir ci-dessous, para. 30.

¹⁸ Article 1.7 *Bonne foi* - 1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. 2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée.

l'on peut *raisonnablement* attendre de lui pour permettre au débiteur d'éviter l'événement empêchant la réalisation de l'obligation ou d'en surmonter les conséquences (cf. article 5.1.3). Par exemple, si le débiteur ne peut plus compter sur son fournisseur habituel situé dans le pays X en raison d'une interdiction d'exportation imposée par les autorités de ce pays, et que le créancier connaît des canaux de fourniture alternatifs encore disponibles dans le pays Y, on peut s'attendre à ce qu'il informe le débiteur de cette possibilité.

29. **RECOURS DONT DISPOSE LE CREANCIER.** Lorsque l'existence d'une exonération pour force majeure du débiteur a été établie, quels sont les recours dont dispose le créancier? Conformément au paragraphe 4 de l'article 7.1.7, *le créancier peut immédiatement suspendre l'exécution de son obligation* (cf. paragraphe 2 de l'article 7.1.3¹⁹) *et, si le retard dans l'exécution par le débiteur constitue une inexécution essentielle, il peut résoudre le contrat* (cf. article 7.3.1)²⁰: une inexécution essentielle se produirait, par exemple, lorsque le créancier a des raisons de croire qu'il ne peut pas compter sur une exécution par le débiteur dans un futur déterminé ou si un certain retard rend objectivement l'exécution inutile. En outre, si l'inexécution exonérée du débiteur consiste en un retard de paiement dû, par exemple, à la réglementation sur le contrôle des changes imposée à la suite de la crise économique déclenchée par la crise du COVID-19, le créancier peut également exiger des intérêts sur l'argent bloqué comme une sorte de compensation pour les intérêts gagnés par le débiteur pendant la période de non-paiement; ou la même logique s'appliquerait, *mutatis mutandis*, concernant l'exportation ou la livraison d'un bien qui a été retenu par les autorités douanières mais qui sont restées en possession du débiteur. En tout état de cause, les droits du créancier ne sont pas soumis au délai de prescription ordinaire de trois ans tant que le débiteur peut invoquer un moyen de défense fondé sur la force majeure (cf. article 10.8)²¹.

30. **L'INCLUSION DE CLAUSES DE FORCE MAJEURE AD HOC.** Etant donné que les Principes d'UNIDROIT contiennent nécessairement des dispositions générales sur la force majeure, l'atténuation du préjudice et le devoir de coopération entre les parties, celles-ci peuvent souhaiter stipuler dans leurs contrats existants (lorsqu'ils sont sujets à renégociation) et futurs une clause de force majeure spécifique comprenant des dispositions plus détaillées, ou s'écartant de certaines exigences des règles générales des Principes. Les caractéristiques fréquentes des clauses de force majeure telles qu'elles apparaissent dans la pratique sont par exemple l'atténuation de certaines des conditions de force majeure susmentionnées; des indications plus spécifiques sur les moyens de fournir la preuve de l'empêchement; ou l'inclusion d'un mécanisme de renégociation des termes du contrat au cas où l'empêchement dure pendant une certaine période, qui peut contenir des dispositions pour la situation où la renégociation échoue. Etant donné l'incertitude quant à la durée de la crise sanitaire et la survenance potentielle de nouvelles vagues, l'inclusion par les parties d'une clause détaillée

Article 5.1.3 *Devoir de coopération* - Les parties ont entre elles un devoir de coopération lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations.

¹⁹ Article 7.1.3 *Exception d'inexécution* - 1) Une partie tenue d'exécuter sa prestation en même temps que l'autre partie peut en suspendre l'exécution tant que celle-ci n'a pas offert d'exécuter la sienne.

²⁰ Article 7.3.1 *Droit à la résolution* - 1) Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie.

²¹ Article 10.8. *Suspension en cas de force majeure, de décès ou d'incapacité* - 1) Lorsque, par un événement échappant à son contrôle et qu'il ne pouvait ni prévenir ni surmonter, le créancier a été empêché d'arrêter le cours d'un délai de prescription en vertu des articles précédents, le délai de prescription de droit commun est suspendu et il ne pourra prendre fin avant une année après que l'empêchement ait cessé d'exister.

pourrait être souhaitable pour les contrats futurs ou pour les contrats existants qui sont soumis à une renégociation. Le contenu éventuel de ces clauses pourrait inclure:

30.1. En ce qui concerne plus particulièrement les situations créées par une pandémie telle que celle du COVID-19, les parties peuvent convenir que, si les empêchements cessent d'exister, le débiteur doit sans délai informer le créancier afin de lui permettre d'agir en conséquence, par exemple en ne concluant pas de transaction de remplacement ou en renégociant les termes du contrat pour la période suivant la pandémie et/ou les mesures de confinement.

30.2. Les parties peuvent également souhaiter faire dépendre l'effet d'exonération de la pandémie ou des mesures de confinement imposées par l'autorité publique de leur extension territoriale, c'est-à-dire locale ou nationale. Cela semble particulièrement pertinent compte tenu de la possibilité que les futurs foyers aient une dimension locale, tout comme les mesures imposées pour faire face à chaque nouveau groupe de cas. Elles peuvent également prévoir que, si la durée de la pandémie et/ou des mesures de confinement a pour effet de priver substantiellement les parties de ce qu'elles étaient raisonnablement en droit d'attendre en vertu du contrat (ou dépasse une certaine période (par exemple 120 jours)), l'une ou l'autre partie est en droit de mettre fin au contrat après un préavis donné dans un délai raisonnable.

30.3. En particulier, les parties à des contrats à long terme peuvent convenir que, dans le but de poursuivre leur relation commerciale plutôt que d'y mettre fin en raison du déclenchement de la pandémie et/ou de l'adoption de mesures de confinement, les obligations contractuelles du débiteur soient temporairement suspendues pour la durée des événements empêchant l'exécution du contrat (ou pour une autre période déterminée, par exemple 90 jours supplémentaires), que tout droit de l'une ou l'autre des parties de mettre fin au contrat soit suspendu de la même manière et que, si à la fin de cette période les événements empêchant l'exécution continuent d'exister, les parties négocieront en vue de prolonger la suspension à des conditions mutuellement acceptables; les parties pourraient également prévoir une issue au cas où un tel accord ne pourrait être conclu, comme par exemple un droit de demander la renégociation (sur ce dernier point, voir les paragraphes 42 et suivants sur le hardship).

31. **ORIENTATIONS POUR L'ÉLABORATION D'UNE RÉGLEMENTATION NATIONALE AD HOC.** Enfin, les suggestions faites ci-dessus pour la rédaction de contrats pourraient également, *mutatis mutandis*, inspirer les législateurs nationaux souhaitant introduire des lois spéciales adaptées pour réagir à l'urgence ou à ses conséquences, en précisant davantage les conditions et les exigences également en ce qui concerne les besoins particuliers des contrats à long terme.

32. **LES CLAUSES DE FORCE MAJEURE ET L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT.** Lorsqu'une clause de force majeure est prévue dans le contrat, elle prévaut sur les dispositions des Principes. À cet égard, cependant, une question importante à considérer – qui se pose souvent dans la pratique également en relation avec l'application du droit interne – est liée à la manière dont la clause est rédigée et concerne son interprétation et sa relation avec les dispositions générales. Par exemple, il arrive souvent que la clause ajoute une liste d'événements spécifiques (tels que les catastrophes naturelles, les guerres, les explosions, les bris de machines, les grèves, les interdictions publiques, etc., bien que, d'après l'expérience passée, les pandémies impliquant l'humanité semblent rarement, voire jamais, figurer dans de telles listes). Il convient ici d'attirer l'attention sur le fait que l'inclusion d'une liste d'événements spécifiques suivant une définition plus générale de la force majeure peut poser des problèmes d'interprétation: les événements énumérés doivent-ils être considérés comme

des événements de force majeure en soi ou – plus vraisemblablement – seulement s'ils répondent aux exigences de la définition générale ? En outre, la liste dans la clause fournit-elle seulement des exemples d'événements potentiels, ou est-elle exhaustive? Si les pandémies ne sont pas expressément énumérées dans la clause, et qu'il n'est pas clair que la clause n'est pas exhaustive, cela signifie-t-il que les pandémies ne sont *a priori* pas considérées comme des cas de force majeure? A cet égard, il convient de noter que tout problème découlant de l'interprétation de la clause et de sa relation avec les dispositions des Principes serait résolu par l'application des règles sur l'interprétation du contrat dans les Principes eux-mêmes (cf. Chapitre 4 des Principes: articles 4.1 à 4.8)). Ces problèmes pourraient sans doute être atténués par une rédaction précise de la clause.

-III- HARDSHIP

ARTICLE 6.2.2 (Définition)	ARTICLE 6.2.3 (Effets)
<p><i>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</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat;</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération;</i>(c) <i>que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée; et</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée.</i></p>	<p><i>1) En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de négociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée</i></p> <p><i>2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.</i></p> <p><i>3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.</i></p> <p><i>4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable:</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe; ou</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations.</i></p>

33. **CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES CAUSE PAR LE COVID-19 ET REGLEMENTATION DU HARDSHIP DANS LES PRINCIPES.** Comme mentionné dans les sections précédentes de la présente note, la situation causée par l'apparition de la crise sanitaire du COVID- 19 et ses

mesures de confinement peut non seulement affecter la capacité du débiteur à exécuter ses obligations, mais aussi modifier substantiellement les circonstances de l'exécution initialement prévue dans le contrat pour ledit débiteur. Les Principes traitent de ce type de situation par le biais des dispositions relatives au *hardship*. La section sur le *hardship* commence par souligner le caractère contraignant du contrat et sa répartition des risques telle qu'elle a été initialement envisagée par les parties (article 6.2.1): "*Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship.*" (cf. les articles 6.2.2 et 6.2.3, reproduits ci-dessus). L'exécution telle que convenue initialement est donc conçue comme obligatoire nonobstant un changement de circonstances, en principe indépendamment de la charge qu'elle peut imposer au débiteur. Mais cette règle générale est soumise à des exceptions lorsque *la survenance de circonstances altère fondamentalement l'équilibre du contrat*. Cette modification constituerait un *hardship* pour les Principes, à condition que des conditions supplémentaires soient satisfaites.

34. LES CONDITIONS POUR INVOQUER LE HARDSHIP EN VERTU DES PRINCIPES. Selon l'article 6.2.2 des Principes d'UNIDROIT, 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 a) sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat; b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération; (c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée; et d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée. Par *partie lésée*, les Principes entendent la partie au contrat dont l'exécution est devenue indûment onéreuse en raison des événements répondant aux conditions énumérées ci-dessus. La question est de savoir si la survenance de la pandémie du COVID-19 et ses conséquences peuvent entraîner un cas de *hardship* pour l'une des parties - la partie lésée - dans un contrat en vertu des Principes.

35. LE CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES DOIT ETRE FONDAMENTAL ET OBJECTIVEMENT VERIFIABLE. Comme c'était le cas pour la force majeure, la possibilité d'invoquer le préjudice dans une situation dérivée du COVID-19 dépendra naturellement de toutes les circonstances pertinentes de chaque cas. En premier lieu, il faudra peut-être à nouveau faire la distinction entre la pandémie en tant que telle et les diverses mesures de confinement imposées par les autorités publiques des différents pays, bien que la plupart des problèmes soient directement liés à ces dernières. Le changement de circonstances généré par le COVID-19 devra modifier *fondamentalement* l'équilibre entre les parties prévu dans le contrat. Il n'existe pas de mesure quantitative exacte de ce qui doit être considéré comme "fondamental", mais toute application à un cas particulier doit être basée sur toutes les circonstances pertinentes du contrat et de son environnement (nature du contrat, caractéristiques de l'exécution attendue, conditions du marché pertinent au moment considéré, etc.)). En outre, les faits nouveaux doivent modifier la situation de manière si substantielle, qu'elle aurait pu objectivement conduire les parties à ne pas conclure le contrat ou à l'avoir conclu avec des conditions différentes si cette situation avait été considérée par les parties *ex ante*. La modification fondamentale de l'équilibre par une cause liée au COVID-19 doit avoir augmenté le coût de la prestation d'une partie ou diminué la valeur de ladite prestation pour une des parties (y compris les cas où la prestation n'a plus du tout de valeur pour la partie destinataire) et, dans les deux cas, l'augmentation du coût ou la diminution de la valeur doit pouvoir être constatée et déterminée *objectivement*. Il convient toutefois de noter que le *hardship* ne concernera que les prestations non exécutées: la partie lésée ne

pourra pas invoquer une augmentation substantielle des coûts ou une diminution de la valeur de la partie qu'elle a déjà exécutée.

36. **EXEMPLES D'AUGMENTATION DU COUT DE L'EXECUTION DES OBLIGATIONS.** En ce qui concerne l'augmentation des coûts, le changement de circonstances donnant lieu à un cas de hardship concerne souvent la partie qui est censée exécuter une obligation non monétaire. Un cas de hardship de ce type peut, par exemple, survenir lorsqu'un distributeur de masques et de vêtements de protection, en raison d'une interdiction d'exportation imposée en conséquence du COVID-19 par l'autorité publique du pays X où se trouve son fournisseur habituel, doit les acquérir à un prix sensiblement plus élevé auprès d'un autre fournisseur dans un autre pays. Une situation similaire pourrait également se produire lorsque la matière première spécifique utilisée dans la fabrication des produits à livrer dans le cadre du contrat subit une forte augmentation de coût, soit parce que la crise sanitaire a augmenté les coûts d'extraction de la matière en raison de la limitation obligatoire du nombre de travailleurs dans un même espace, soit parce que le fournisseur de la matière peut ne obtenir certaines substances nécessaires à l'utilisation de moyens mécaniques d'extraction.

37. **EXEMPLES DE REDUCTION DE LA VALEUR DE L'EXECUTION DES OBLIGATIONS.** La réduction (ou l'élimination) de la valeur de l'exécution des obligations de l'une des parties est susceptible de s'être produite souvent pendant la crise du COVID-19, en particulier dans les pays où l'activité économique a été pratiquement suspendue pendant un certain temps. Une situation de hardship peut survenir, par exemple – et dépendrait naturellement de toutes les autres circonstances pertinentes du cas – lorsqu'un locataire exploitant un restaurant est obligé de continuer à payer au bailleur, propriétaire des locaux où le restaurant est situé, le loyer initialement convenu, malgré le fait qu'en raison du COVID-19, l'autorité publique autorise le restaurant à fonctionner uniquement sur la base de la vente à emporter (ou, ce qui rend l'analyse encore plus complexe, avec seulement un tiers des tables habituelles). Ou lorsque le locataire d'un grand camion de plusieurs tonnes et de grande capacité ne peut pas l'utiliser en raison du blocage des déplacements de ce type de véhicules. Ou lorsqu'un club de football devrait continuer à verser à ses joueurs les salaires loin d'être modestes convenus à l'origine, alors que les matches de football doivent se dérouler sans spectateurs pendant le reste de la saison ²².

38. **LE MOMENT DU CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES.** Si, pour les besoins de la discussion, il est admis que les exemples ci-dessus entraînent une modification fondamentale de l'équilibre entre les parties, la partie lésée doit encore satisfaire à un certain nombre de conditions supplémentaires. Conformément à l'article 6.2.2, pour que la partie lésée puisse invoquer avec succès le hardship avec les effets prévus à l'article 6.2.3, les mesures de confinement qui causent le hardship (par exemple, l'interdiction d'exportation imposée par l'autorité publique du pays X, ou la fermeture partielle de restaurants et les restrictions dans les stades visées au paragraphe 31) doivent, en premier lieu, avoir eu lieu ou être connues de la partie lésée *après la conclusion du contrat*. Ainsi, il semblerait que cette condition soit remplie dans le cas de contrats conclus avant la fin du mois de décembre 2019. A partir de ce moment, la possibilité que des mesures aient été adoptées avant la conclusion du contrat variera en fonction du moment et du pays mais, en tout état de cause, il s'agit d'une exigence

²² Comme toujours, il s'agirait d'un cas de hardship sous réserve de l'examen attentif de toutes les circonstances du cas. Par exemple, l'existence d'un hardship, ou l'ampleur du désavantage, peut être qualifiée par le pourcentage de l'activité globale du club de football représentée par les recettes générées par les spectateurs assistant aux matchs de football: serait-il justifié de réduire les salaires lorsque, par exemple, 95% des recettes proviennent de sources alternatives (droits de télévision, etc.)? C'est un exemple du type de circonstances dont il faut tenir compte dans l'analyse.

qui, en principe, ne poserait pas de problèmes d'interprétation: tant la date de publication des mesures pertinentes que, dans la plupart des cas, la date de conclusion du contrat devraient être des faits accessibles et non controversés. Un aspect qui pourrait nécessiter une analyse plus approfondie concerne la détermination du moment pertinent de la survenance de l'événement. L'interprète devra décider, sur la base des circonstances du cas, quelle est la "survenance" de l'événement afin de satisfaire à cette exigence de la règle du hardship. Devrait-il y avoir une différence pertinente entre l'annonce des mesures et leur entrée en vigueur, par exemple? Quelle serait la solution si le contrat était conclu entre le jour de l'approbation de la mesure concernée par le gouvernement et son entrée en vigueur, par exemple, 3 jours plus tard? A première vue, la réponse à ces questions pourrait dépendre de la probabilité que la partie concernée en ait connaissance. Etant donné que ces mesures sont souvent réglementées par la loi (au sens large, y compris les règlements contraignants) et que, de toute façon, elles ont généralement été de notoriété publique pendant toute leur durée, la différence, en termes de temps, entre l'apparition des mesures de confinement et la connaissance effective de la partie lésée pourrait être négligeable dans la plupart des cas. Une fois encore, l'existence d'éléments d'internationalité peut ajouter à la complexité de cette analyse. Par exemple, il peut être plus difficile de déterminer à quel moment le débiteur aurait dû avoir connaissance des mesures de confinement prises dans un autre pays qui peuvent affecter sa propre capacité à exécuter ses obligations en vertu d'un contrat, et dans quelle mesure l'annonce publique de ces mesures doit être distinguée de l'adoption d'une législation ou d'un règlement.

39. **L'ABSENCE DE PREVISIBILITE OBJECTIVE DU CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES.** Un autre élément pertinent pour l'application du principe de hardship est que la partie lésée doit prouver qu'elle n'aurait pas pu raisonnablement prendre en considération l'ampleur future de la propagation de la pandémie ou l'application des mesures de confinement au moment de la conclusion du contrat. En ce qui concerne ce point, nous renvoyons à l'analyse menée ci-dessus en ce qui concerne la force majeure (voir les paragraphes 19 et 23). Là encore, la solution dépendrait en fin de compte des circonstances du cas, et notamment du lieu et du moment de la conclusion du contrat, du lieu de l'établissement des parties, et du moment et de la manière dont les mesures de confinement consécutives ont été adoptées par les autorités publiques dans les pays respectifs. En outre, le fait que les circonstances soient éventuellement susceptibles de changer progressivement semble faire dépendre toute solution des détails de chaque cas. Par exemple, il se pourrait que le contrat avait été conclu après que le public ait été largement informé du problème du COVID-19, par exemple après le 13 mars, lorsque l'OMS a déclaré que la crise sanitaire était une pandémie. Il pourrait être raisonnable de déduire que, si un contrat avait été conclu le 20 mars et que le pays où la partie – plus tard lésée – exerçait ses activités avait déjà vu quelques cas, la partie – plus tard lésée – pourrait avoir eu suffisamment d'informations pour prévoir l'événement. Mais qu'en serait-il si le gouvernement de ce pays avait, à plusieurs reprises, nié la gravité du problème ou, plus vraisemblablement, s'il avait déclaré ouvertement qu'il n'avait pas l'intention de prendre des mesures de confinement sévères ou même de procéder à une interruption des activités? Lorsque, quelques jours plus tard seulement, le gouvernement change d'approche et impose un confinement complet et un arrêt total de toute activité économique, cela aurait-il été prévisible? Pour le lecteur qui se précipite pour hocher la tête, la réponse serait-elle également positive si le revirement du gouvernement n'était pas soutenu par une forte augmentation des cas?

40. **CONDITIONS SUPPLEMENTAIRES POUR INVOQUER LE HARDHSIP.** Les deux dernières conditions relatives à l'apparition du COVID-19 et aux mesures de confinement imposées en conséquence ne semblent généralement pas difficiles à satisfaire: tant la pandémie que les

mesures de confinement obligatoires et imposées par l'Etat échappent au contrôle des parties au contrat; et les parties doivent savoir comment le risque de leur apparition a été réparti dans leur contrat.

41. **LA PRISE EN CHARGE DU RISQUE PAR LA PARTIE LESEE.** La prise en charge volontaire des conséquences du déclenchement de la pandémie mérite toutefois d'être examinée plus avant. Le hardship étant une ingérence qualifiée et exceptionnelle dans le principe de la répartition des risques dans l'exécution du contrat, la partie lésée peut évidemment l'avoir exclue en assumant le risque du changement de circonstances pertinent, le plus souvent expressément, mais aussi éventuellement de manière implicite qui serait constatée en interprétant le contrat à la lumière de toutes les circonstances (voir notamment l'article 4.3 des Principes). Un exemple de prise en charge tacite des risques: un chanteur d'opéra étranger accepte de chanter dans un opéra avec des chanteurs locaux dans le pays X, dans lequel les premiers cas de COVID-19 ont été signalés. Le chanteur invité a accepté de chanter malgré le fait que quelques jours avant la représentation prévue, deux des chanteurs locaux ont été testés positifs et ont dû être remplacés par d'autres chanteurs locaux. Le chanteur invité a été infecté et a dû être mis en quarantaine pendant deux semaines, ce qui a entraîné une perte de revenus importante. La question est ici de savoir si le chanteur aurait le droit ou non d'invoquer le hardship vis-à-vis de l'impresario de la représentation parce qu'il avait assumé le risque d'être infecté. En ce qui concerne la prise en charge expresse du risque, la partie lésée exclurait, *ex ante*, les recours prévus en cas de hardship par l'inclusion d'une clause prévoyant l'adaptation automatique du contrat. Il convient de noter que, pour que cette clause soit une renonciation aux recours en cas de hardship, la clause d'adaptation doit envisager l'événement spécifique à l'origine du déséquilibre qui survient entre les parties.

42. **LA RENEGOCIATION DU CONTRAT A LA LUMIERE DES NOUVELLES CIRCONSTANCES.** En cas de hardship, les Principes d'UNIDROIT visent à permettre aux parties de rétablir l'équilibre altéré par un ensemble de circonstances qui ont placé l'une des parties dans une position fondamentalement désavantageuse. C'est un outil particulièrement pertinent et utile pour les contrats à long terme, où il peut souvent être dans l'intérêt des deux parties de s'assurer que des circonstances temporaires et exceptionnelles (telles que celles générées par le COVID-19 et les mesures qui y sont attachées) ne viennent pas contrarier une relation autrement considérée comme équilibrée et bénéfique pour tous. A la lumière de cet objectif, la partie lésée est en droit de demander la renégociation de l'accord initial en vue de l'adapter aux nouvelles circonstances. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée (paragraphe 1 de l'article 6.2.3). Le délai raisonnable pour demander des renégociations dépend des circonstances spécifiques, et il peut être plus long lorsque le changement de circonstances se produit progressivement, comme cela pourrait être le cas avec des mesures pour contenir la crise du COVID-19 adoptées progressivement dans un pays donné. La demande d'ouverture de renégociations n'autorise pas en soi la partie lésée à suspendre l'exécution de ses obligations (paragraphe 2 de l'article 6.2.3), sauf si des circonstances extraordinaires le justifient objectivement, qui pourraient être liées à l'impossibilité d'éliminer – même partiellement – les conséquences de l'exécution avant que la renégociation n'ait lieu ²³.

²³ Une illustration possible, qui suit les commentaires des Principes (voir le Commentaire 4 de l'article 6.2.3), consisterait dans les faits suivants: A conclut un contrat avec B pour la construction d'une usine, qui doit être construite dans le pays X. Ce pays adopte de nouvelles règles de sécurité à la lumière des risques posés par la pandémie COVID-19, nécessitant l'utilisation de machines supplémentaires, et d'un type de matériaux différent, plus coûteux mais plus sûr pour les constructeurs en raison de son pouvoir d'isolation plus élevé. Cette situation rend la prestation de A beaucoup plus

43. **LA CONDUITE DES RENEGOCIATIONS.** Tant la demande de renégociation par la partie lésée que le comportement des deux parties pendant le processus de renégociation sont soumis au principe général de la bonne foi (voir article 1.7) et au devoir de coopération (voir article 5.1.3). Ainsi la partie lésée doit-elle honnêtement croire qu'il y a réellement situation de hardship et ne pas demander l'ouverture de renégociations par pure manœuvre tactique. De façon analogue, lorsque la demande a été faite, les deux parties doivent conduire les négociations de façon positive, notamment en s'abstenant de toute forme d'obstruction et en donnant toutes les informations nécessaires (voir le commentaire 5 de l'article 6.2.3). Les renégociations doivent être menées pour rétablir l'équilibre perdu, initialement convenu. Elles ne sont donc pas conçues comme un nouveau départ pour renégocier les termes d'un contrat *ex novo*, mais plutôt comme une opportunité de reproduire, dans les nouvelles circonstances, la répartition des droits basée sur la proportionnalité envisagée dans l'accord initial. Il convient de noter que les dispositions des Principes relatifs à la formation du contrat (Chapitre 2) et à sa validité (Chapitre 3) seraient applicables à la conclusion du nouvel accord résultant des renégociations. Ces dispositions offriraient un recours, par exemple, dans le cas où une partie, se prévalant des circonstances exceptionnelles créées par la pandémie, chercherait de manière injustifiée à profiter d'une manière déloyale de l'état de dépendance de l'autre partie, de sa détresse économique ou de l'urgence des besoins découlant de la situation du COVID-19 (voir article 3.2.7).

44. **L'INTERVENTION D'UN ARBITRE EN L'ABSENCE D'ACCORD ENTRE LES PARTIES.** Si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre d'entre elles peut recourir à un tribunal ou à une cour arbitrale qui, s'il constate un préjudice, peut résoudre le contrat à une date et selon des modalités à fixer, ou adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations, mais uniquement si cela est *raisonnable* (paragraphes 3 et 4 de l'article 6.2.3). Ainsi, le tribunal ou la cour arbitrale peut, par exemple, mettre fin au contrat mais reporter contextuellement le moment où la résiliation prend effet et/ou exclure pour les deux parties tout droit à des dommages et intérêts, ou réviser le prix de manière à répartir équitablement entre les parties l'augmentation des coûts ou la perte subie. Toutefois, si, dans le cas d'espèce, le tribunal estime qu'aucune de ces solutions n'est appropriée, il peut soit imposer aux parties de reprendre les négociations, soit simplement confirmer les clauses du contrat dans leur version existante (cf. le Commentaire 7 du paragraphe 4 de l'article 6.2.3 (4)). Au moins pour les contrats conclus avant la fin de 2019, ou dans les premières phases de développement de la crise sanitaire, le déclenchement d'une pandémie mondiale et les mesures extrêmes adoptées dans de nombreux pays semblent être un cas probable pour une certaine répartition des pertes causées par ces circonstances extraordinaires. Mais là encore, cette affirmation pourrait devoir être nuancée compte tenu des circonstances spécifiques du cas d'espèce. L'importance d'une renégociation adéquate et du rétablissement de l'équilibre contractuel entre les parties ne peut être surestimée dans une situation exceptionnelle telle que celle créée par le COVID-19, où un pourcentage important de contrats sera affecté, dont beaucoup sont des contrats commerciaux de valeur dont la préservation permettrait d'éviter les conflits, de réduire les coûts de transaction supplémentaires pour le système, d'alléger les systèmes judiciaires et de règlement des litiges déjà encombrés et de contenir les dommages économiques. Dans des circonstances telles que celles créées par la pandémie, l'utilisation de systèmes de règlement des conflits en ligne (ODR) peut constituer un outil utile pour faciliter la renégociation du contrat, ou pour parvenir à une solution satisfaisante du différend.

onéreuse. En fonction de toutes les autres exigences de l'article 6.2.3, A pourrait être autorisé à suspendre temporairement – au moins partiellement – l'exécution de ses obligations en raison du temps dont il a besoin pour mettre en œuvre la nouvelle réglementation.

45. **REGLEMENTER LE HARDSHIP DANS LE CONTRAT.** Comme c'est le cas pour la force majeure, les parties peuvent souhaiter stipuler dans leur contrat une clause spécifique de hardship comprenant des dispositions plus détaillées ou s'écartant de certaines conditions ou d'autres éléments des règles générales des Principes, qui prévaudraient sur ces règles.

45.1. En ce qui concerne spécifiquement les cas de pandémie tels que le COVID-19, une clause de hardship peut par exemple prendre en compte les différentes façons dont une altération fondamentale de l'équilibre du contrat peut survenir, en conséquence de la pandémie en tant que telle et/ou des mesures de confinement adoptées par les autorités publiques. Les parties pourraient restreindre le droit d'invoquer la clause de hardship en la faisant dépendre de l'extension territoriale (par exemple, locale ou nationale) et/ou de la durée (par exemple, un minimum de X jours) de la pandémie et/ou des mesures de confinement adoptées par l'autorité publique. Les parties peuvent, en revanche, préférer un critère différent ou plus spécifique que la "modification fondamentale de l'équilibre" prévue dans les Principes pour déterminer une situation de détresse. Un délai de grâce pourrait être prévu avant que la situation de hardship ne puisse être invoquée. Enfin, en ce qui concerne les contrats à long terme qui nécessitent un niveau d'investissement important de la part des deux parties, les parties peuvent également souhaiter permettre une renégociation même si toutes les conditions requises par l'article 6.2.1 – et en particulier celle de l'imprévisibilité – ne sont pas remplies, en vue de redistribuer le risque d'un événement indésirable futur similaire à la présente pandémie.

45.2. **EN CE QUI CONCERNE LES CONSEQUENCES DU HARDSHIP.** Les parties peuvent s'inspirer des mesures prévues à l'article 6.2.3 des Principes d'UNIDROIT, en les adaptant le cas échéant à leurs besoins. En ce qui concerne le droit de demander des renégociations, par exemple, les parties peuvent souhaiter introduire des éléments supplémentaires concernant l'organisation des renégociations (par exemple, le lieu, la durée, les objectifs, etc.), et/ou préciser les effets sur l'exécution des obligations qui sont dues (poursuite ou suspension temporaire).

45.3. **LES PARTIES PEUVENT EGALEMENT SOUHAITER REGLEMENTER EXPRESSEMENT LA SITUATION LORSQUE LES RENEGOCIATIONS ECHOUE.** Les solutions les plus fréquentes dans la pratique des contrats internationaux consistent à prévoir qu'en cas d'échec de la renégociation, une partie (ou les deux) aura la possibilité de mettre fin au contrat ou, au contraire, que l'exécution du contrat sera reprise à l'identique. Il s'agit là de solutions radicales, dont l'objectif est principalement d'inciter fortement les parties à essayer de négocier de la manière la plus constructive possible. En particulier dans le cas de contrats à long terme, les parties peuvent toutefois opter pour d'autres solutions, comme par exemple que les questions litigieuses soient discutées dans le cadre d'une commission de médiation facilitant l'obtention d'un consensus, ou soient renvoyées à une commission neutre de règlement des litiges ou à un autre organe d'arbitrage. A cet égard, et comme indiqué ci-dessus (paragraphe 44), compte tenu des circonstances particulières créées par la pandémie, les parties pourraient souhaiter recourir à des organes de résolution des conflits en ligne. Les parties pourraient également souhaiter convenir de plusieurs méthodes de résolution des litiges à utiliser de manière séquentielle afin d'éviter et de résoudre les conflits.

46. **ACCORD SUR L'APPLICATION DES REGLES EN L'ABSENCE D'UNE CLAUSE SPECIFIQUE.** Si le contrat ne contient pas de clause de hardship, rien n'empêche les parties de s'entendre maintenant sur certaines dispositions qui s'appliqueraient si l'exécution des obligations était effectivement affectée par la pandémie elle-même ou par les conséquences des

mesures de confinement. Ici aussi, les dispositions générales des Principes d'UNIDROIT peuvent servir de modèle, tandis que les parties peuvent également envisager de les préciser davantage, ou d'y déroger, en suivant certaines des suggestions mentionnées ci-dessus.

47. Comme on l'a vu dans le contexte de la force majeure, les suggestions ci-dessus pourraient également servir de modèle pour la rédaction de clauses de hardship dans les nouveaux contrats, avec des dispositions inspirées de l'expérience du COVID-19 mais destinées à s'appliquer dans des cas similaires à l'avenir.

48. **LES CLAUSES DE HARDSHIP ET L'INTERPRETATION DU CONTRAT.** Comme les clauses de force majeure, les clauses de hardship énumèrent souvent des événements qualifiés de causes de hardship. Ces listes peuvent poser des problèmes d'interprétation similaires à ceux qui ont été mentionnés dans le contexte de la force majeure (voir paragraphe 32 ci-dessus). Ici aussi, les épidémies touchant l'humanité ont rarement été mentionnées dans le passé; elles pourraient cependant répondre aux conditions d'une définition générale si la clause en contient une et à condition que la liste des événements ne soit pas interprétée comme étant exhaustive. Tout problème découlant de l'interprétation de la clause et de sa relation avec les dispositions générales des Principes sera résolu par l'application des règles sur l'interprétation du contrat contenues dans les Principes (cf. Chapitre 4 des Principes d'UNIDROIT).

49. **ORIENTATIONS POUR L'ELABORATION D'UNE REGLEMENTATION NATIONALE AD HOC.** Enfin, les suggestions faites ci-dessus pour la rédaction de contrats pourraient également, *mutatis mutandis*, inspirer les législateurs nationaux souhaitant introduire des lois spéciales adaptées pour réagir à l'urgence du COVID-19 ou à ses conséquences, en précisant davantage les conditions et les exigences également en ce qui concerne les besoins particuliers des contrats à long terme. En particulier, les législateurs nationaux peuvent souhaiter préciser davantage les conditions et les exigences et adopter des règles spécifiques, par exemple concernant la conduite et les objectifs de la renégociation avec une attention particulière à la situation où les parties ne pourraient pas se mettre d'accord.

- IV -

RELATIONS ENTRE FORCE MAJEURE ET HARDSHIP

50. **LES SITUATIONS DE FAIT RELEVANT A LA FOIS DES DISPOSITIONS RELATIVES A LA FORCE MAJEURE ET AU HARDSHIP.** Compte tenu des définitions du hardship à l'article 6.2.2 et de la force majeure à l'article 7.1.7, il peut exister, en vertu des Principes, des situations de fait qui peuvent être considérées en même temps comme des cas de hardship et de force majeure. Cela peut se produire parce que la définition de la force majeure ne fait pas référence à une notion littérale d'"impossibilité" de la prestation, mais repose sur un "empêchement" échappant au contrôle de la partie qui remplit les conditions du paragraphe 1 de l'article 7.1.7. Un tel empêchement, selon les circonstances, peut également satisfaire aux exigences de l'article 6.2.2. Par exemple, lorsqu'une interdiction d'exportation imposée par l'autorité publique d'un pays à la suite du COVID-19 empêche effectivement l'accès d'une partie à une matière première nécessaire qui est presque exclusivement produite dans ce pays, si toutes les conditions sont respectées, l'empêchement pourrait être qualifié à la fois

de force majeure et de hardship. Le fait que la matière première puisse toujours être achetée auprès d'une autre source, mais probablement avec beaucoup de difficultés et à un prix plus élevé, pourrait être considéré comme un "empêchement" à l'exécution du contrat, mais en même temps, un tel achat alternatif coûteux pourrait fondamentalement altérer l'équilibre du contrat.

51. **La souplesse comme choix de recours.** Si tel est le cas, il appartient à la partie touchée par ces événements de décider la voie à suivre. Si la partie affectée invoque la force majeure, c'est en vue d'obtenir l'exonération temporaire de responsabilité en cas d'inexécution et la suspension de ses obligations, avec la possibilité pour l'autre partie de mettre fin au contrat si le retard équivaut à une inexécution essentielle. Si, en revanche, une partie invoque le hardship, c'est en premier lieu pour renégocier les termes du contrat de manière à permettre le maintien en vie du contrat bien qu'à des conditions révisées (cf. Commentaire 6 de l'article 6.2.2), mais la suspension de l'exécution en soi ne sera pas autorisée.

- V -

CONCLUSIONS

52. L'apparition de la pandémie mondiale du COVID-19 a mis en danger des populations, généré des mesures strictes de prévention de la contagion et gravement affecté les économies du monde entier. L'exécution des contrats commerciaux a souvent été empêchée ou considérablement modifiée. Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international constituent un outil utile pour faire face aux bouleversements causés aux relations contractuelles, en offrant des solutions aux parties (concernant les contrats existants ou futurs), aux décideurs (judiciaires ou dans le cadre de modes alternatifs de règlement des litiges) et aux législateurs (cherchant à ajuster ou à moderniser leur droit des contrats). Les Principes traitent des conséquences de la pandémie et de ses mesures à travers la réglementation de la force majeure et du hardship. Il est clair que, si toutes les circonstances sont réunies, les situations liées au COVID-19 peuvent constituer un cas de force majeure ou, au moins, de hardship. Il est également évident, compte tenu de la complexité de la situation (par exemple, disparité dans le temps de la pandémie, variation des types de mesures et de leurs effets), qu'il n'est pas possible de faire des affirmations générales valables et que, toujours selon les Principes, l'existence – ou non – d'un cas de force majeure et de hardship dépendra des faits pertinents de chaque cas spécifique. La nature ouverte des Principes offre aux parties et aux interprètes une souplesse bien nécessaire dans un contexte aussi extrême. Les Principes constituent un outil efficace pour offrir une solution nuancée qui peut aider à préserver des contrats précieux pour les parties. En particulier pour les contrats à moyen et long terme, et compte tenu de la nature apparemment temporaire de l'empêchement, des mécanismes permettant une renégociation adéquate et une répartition proportionnelle des pertes pourraient en fin de compte contribuer à préserver le contrat et à maximiser la valeur pour la ou les juridictions concernées.

53. On peut dire que le monde des contrats n'a jamais subi une perturbation aussi imprévisible, globale et intense. Les situations extraordinaires exigent des solutions extraordinaires, et il existe un besoin global de s'assurer que la valeur économique inscrite dans les échanges commerciaux ne soit pas détruite. Les Principes offrent des outils de pointe

et des meilleures pratiques pour faire face au problème; un ensemble de règles qui résultent d'années d'étude et d'analyse, avec la participation – et le consensus – des universitaires et des praticiens les plus éminents dans le domaine, de traditions de droit civil et de *common law*. Ces outils sont susceptibles d'offrir des solutions à toutes les parties concernées par la pandémie et ses conséquences. Nous espérons que le lecteur les trouvera – ainsi que ce document – utiles.