

# La pandémie de Covid-19 et la force majeure

## Etude du droit tunisien<sup>(\*)</sup>

**Hafedh Bouaziz**

**Maître-assistant à L'université  
électronique Saoudienne et à  
la Faculté de Droit de Sfax,  
Université de Sfax - Tunisie**

### **Abstract:**

Over the past few months, the world has been in a state of anxiety and fear, due to the emergence of the Corona pandemic. To prevent the dangerous effects of this virus, many countries have initiated a number of measures (compulsory quarantine, traffic ban...). These measures have had negative repercussions on the social and economic levels. It also had a major impact on contracts, as many debtors encountered difficulties in implementing their contractual obligations. The question that preoccupies many people is related to whether they can adhere to the force majeure to break from the contract without bearing any responsibility?

We have dealt with in this article that problem from two angles. The first relates to the extent to which the Covid-19 pandemic can be qualified as a force majeure. The research concluded that this is possible if the conditions of force majeure are met, especially the conditions of unforeseeability and impossibility for the debtor to execute its obligations.

As for the second issue, it is related to studying the implications of describing this pandemic by force majeure, including the possibility of terminating the contract or at least suspending it, in addition to the possibility of renegotiation in order to amend it in light of the new changes. Thus, we concluded by acknowledging the ability of force

---

(\*) Accepted 13 September 2020.

**majeure provisions to confront epidemics while calling on contractors to include force majeure clauses in their contracts to enhance that capacity and to respond to future changes.**

1 - Le Droit, écrivait Jacques Ellul, "est une réponse à l'incertitude du futur et c'est un facteur de sécurisation pour l'homme vivant dans un univers instable et menaçant"<sup>(1)</sup>. Cette affirmation est plus que jamais d'actualité. Le monde entier vit depuis l'apparition en décembre 2019 d'une nouvelle forme de coronavirus (Covid-19) à Wuhan, en Chine, dans une profonde incertitude sanitaire, scientifique et juridique<sup>(2)</sup>. L'incertitude juridique tient notamment à ce que de nombreux opérateurs économiques se voient confrontés à des difficultés dans l'exécution de leurs contrats (difficultés de paiement, arrêt de production...)<sup>(3)</sup>. Ils veulent chercher une piste pour s'extraire d'une situation contractuelle intenable à raison des effets incontrôlables de la pandémie de Covid-19<sup>(4)</sup>.

2 - Face à cette crise sanitaire, le droit ne peut pas ou plutôt ne doit pas rester neutre. Le Doyen Carbonnier avait déjà rappelé depuis longtemps avec justesse que : "le droit ne peut pas se permettre de refléter l'incertitude de la réalité sociale"<sup>(5)</sup>. Il doit au contraire lutter contre l'angoisse et réussir dans ses prétentions à offrir aux citoyens plus de certitude, de prévisibilité et de sécurité<sup>(6)</sup>. En effet, l'âme humaine "naturellement a besoin de certitude et le doute lui est un ourment"<sup>(7)</sup>. Le droit des contrats en particulier doit rassurer les contractants de ne pas risquer d'engager leur responsabilité civile alors qu'ils sont empêchés d'agir.

- 
- (1) « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception (I) », Archives de Philosophie de Droit 1963, p. 26 et s.
  - (2) M.MEKKI, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19: quelle boîte à outils contractuels? », Numéro 4/2020, p. 164.
  - (3) Rappelons que de nombreuses mesures d'ordre public et sanitaire ont été prises par les autorités tunisiennes depuis le début du mois de mars, allant de l'interdiction des rassemblements, à la fermeture de certains commerces et des salles des fêtes, la suspension des cours dans tous les établissements scolaires et universitaires, la suspension des collectives, fermeture des grandes usines. Vient ensuite la décision du président de la république instaurant un couvre-feu nocturne, puis sa décision ordonnant le confinement total.
  - (4) Soulignons que le 11 mars 2020, l'OMS a qualifié le Covid-19 de pandémie. Qualifier de pandémie l'épidémie de coronavirus signifie que la maladie s'est officiellement propagée dans le monde entier, X. DELPECH, « Lex epidemia », Numéro 4/2020, p.157.
  - (5) La formule est citée par le professeur M. MEKKI, art. préc., p. 164.
  - (6) J.-L. BERGEL, « La sécurité juridique », Revue du notariat, Volume 110, numéro 2, septembre 2008, p. 282 et s.; M. Mekki, art. préc., p. 164 et s.
  - (7) D. Cours de philosophie, vol. 1, Institut Supérieur de Philosophie, Louvain 1897, p.117.

3 - Conscient de l'ampleur du phénomène, le chef du gouvernement, sur délégation de l'Assemblée des représentants du peuple (ARP), a pris de nombreux décrets-lois dans l'objectif de parer au plus pressé aux répercussions de la propagation du Coronavirus (Covid-19)<sup>(8)</sup>. Les plus importants sont: le décret-loi n°2020-8 du 17 avril 2020<sup>(9)</sup>, portant suspension des délais et procédures prévus par les textes juridiques en vigueur, notamment ceux relatifs à l'exécution, la prescription et la déchéance et le décret-loi n°2020-2 du 14 avril 2020 portant institution de dispositions exceptionnelles et provisoires relatives à la suspension de certaines dispositions du Code du travail relatives essentiellement à la rupture du contrat de travail, au licenciement et à la mise en chômage pour cas de force majeure<sup>(10)</sup>.

4 - Le dispositif mis en œuvre par les autorités publiques reste toutefois provisoire et ne peut gérer l'ensemble des effets préjudiciables du Covid-19. Aussi convient-il de rappeler aux parties qu'il est toujours loisible de se saisir des outils juridiques offerts par le droit commun, qui reste en principe applicable<sup>(11)</sup>. Le premier réflexe d'un juriste et des débiteurs aux abois en particulier, est de tenter d'ouvrir le « *parapluie* » de la force majeure pour minimiser l'impact juridique de cette pandémie<sup>(12)</sup>.

5 - La force majeure est envisagée par presque toute les législations<sup>(13)</sup>, ainsi que par de nombreux textes internationaux

(8) La loi n° 2020-19 du 12 avril 2020, portant délégation au chef du gouvernement le pouvoir de prendre des décrets-lois dans l'objectif de faire face aux répercussions de la propagation de la pandémie de Covid-19, JORT n° 031 du 12/04/2020.

(9) JORT n° 033 du 18/04/2020, p. 796.

(10) JORT n° 032 du 14/04/2020.

(11) M. MEKKI, art. préc., pp. 164 et 170; X. DELPECH, art. préc., p.157.

(12) M. MEKKI, art. préc., pp.174 et s.; X. DELPECH, art. préc., p.157; F. BUY, « Les organisateurs sportifs et le coronavirus », Numéro 4/2020, p. 198.

(13) V. notamment l'article 1218 al. 1 introduit dans le Code civil français par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> février 2016, qui prévoit qu'« il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». V. aussi l'article 2.017 du Code civil mexicain; articles 2.165-2.168 du Code civil nicaraguayen; article 1.068 du Code civil panaméen; article 1.136 du Code civil portoricain; article 1.344 du Code civil vénézuélien.

d'harmonisation du droit des contrats<sup>(14)</sup>. Elle est consacrée en droit tunisien dans les articles 282 et 283 du Code des obligations et des contrats (COC). L'article 282 prévoit qu' : « *Il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts, lorsque le débiteur justifie que l'inexécution ou le retard proviennent d'une cause qui ne peut lui être imputée, telle que la force majeure, le cas fortuit ou la demeure du créancier* ». L'article 283 ajoute que : « *La force majeure est tout fait que l'homme ne peut prévenir, tel que les phénomènes naturels (inondations, sécheresses, orages, incendies, sauterelles), l'invasion ennemie, le fait du prince, et qui rend impossible l'exécution de l'obligation...* ». Par ailleurs en droit koweïtien, l'article 233 du Code civil de 1980 prévoit aussi que : « *Si une personne prouve que le dommage a été causé par une cause étrangère..., comme un cas de force majeure..., elle n'est pas tenue d'indemniser, sauf disposition contraire*<sup>(15)</sup>.

6 - La force majeure est classiquement définie comme étant un événement extérieur, imprévisible et irrésistible<sup>(16)</sup>. Elle ne doit pas être confondue avec la théorie de l'imprévision. La première entraîne et suppose pour sa mise en œuvre la preuve d'une impossibilité d'exécution

(14) A titre d'illustration, on peut citer l'article 7.1.7 des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (PU), qui dispose dans son alinéa premier que : « 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 ». De même, l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) dispose qu' : « Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences ».

(15) Traduction personnelle, Cet article dispose en langue arabe : « إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي عنه لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير، كان غير ملزم بالتعويض، وذلك ما لم يوجد نص يقضي بخلافه ».

(16) Définition unanimement admise par la doctrine, V. M. ZINE:

محمد الزين، النظرية العامة للالتزام، ١- العقد، طبعة ٢، تونس ١٩٩٧، عدد ٣٦٩ وما بعدها، ص ٢٩٩ وما بعدها.

V. aussi, Ali KAHLOUN:

علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس ٢٠١٥، ص ٤٧٢ و٤٧٣.

du contrat, alors que la seconde rend seulement l'exécution excessivement onéreuse pour une partie<sup>(17)</sup>. La problématique se pose donc pour savoir si au regard de cette définition, le Covid-19 peut être considéré comme un cas de force majeure de nature à justifier la cessation ou la suspension des contrats conclus?

7 - La période de confinement était l'occasion pour un bon nombre de juristes de traiter une telle question<sup>(18)</sup>. La période post-confinement serait semble-t-il à l'origine de nombreuses décisions sur cette même question. Soulignons ici, on va y revenir, que les tribunaux retiennent assez rarement la force majeure en présence d'une épidémie<sup>(19)</sup>. On verra

= C. LARROUMET, Droit civil, Les obligations, Le contrat, Tome III, 5ème éd., Economica, 2003, p. 829 et 830, n° 723; Ph. Le TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, 2004/2005, p. 426, n° 1806; Ph. MALAURIE, L. AYNES, et Ph. STOFFELMUNCK, Droit civil, Les obligations, éd., Defrénois, 2003, p. 96, n° 195; H. L. et J. MAZEAUD, et F. CHABAS, Leçons de droit civil, Tome II / Premier volume, Obligations, Théorie générale, Montchrestien, 9ème éd., 1998, p. 664, n° 576 et p. 667, n° 577; F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, Précis Dalloz, Collection droit privé, 8ème éd., 2002, p. 756, n° 798; G. VINEY, et P. JOURDAIN, Traité de droit civil sous la direction de Jacques GHESTIN, Les conditions de la responsabilité, LGDJ, 2ème éd., 1998, passim, p. 219, n° 385 et p. 233, n° 395.

(17) Sur la distinction entre la force majeure et l'imprévision, V. notamment M. ZINE:

محمد الزين، المرجع السابق، عدد ٣٧٢، ص ٣٠٢.

V. aussi sur la même question: J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires: de la force majeure à l'imprévision », D. 2020, p. 611 et s; E. GAS-TEBLED, « Le clair-obscur de la force majeure en matière contractuelle face au Covid-19 », disponible sur: obscur+de+la+force+majeure+en+matière+contractuelle+face+au+Covid-19, consulté le 10/04/2020.

(18) A souligner que l'Actualité Juridique Contrat a consacré récemment un numéro spécial à l'étude du « Covid-19 et contrat », Numéro 4/2020, pp.157 à 204). V. aussi la Revue du Chercheur qui a consacré aussi un numéro spécial à l'étude du « Covid-19 » (en arabe).

مجلة الباحث، عدد خاص بجائحة كورونا - كوفيد ١٩، العدد ١٧ - أبريل ٢٠٢٠.

(19) V. par exemple, la Cour d'appel de Basse-Terre qui a jugé que l'« épidémie [due au Chikungunya] ne peut être considérée comme ayant un caractère imprévisible et surtout irrésistible puisque dans tous les cas, cette maladie soulagée par des antalgiques est généralement surmontable (les intimés n'ayant pas fait état d'une fragilité médicale particulière) et que l'hôtel pouvait honorer sa prestation durant cette période » (CA Basse-Terre, 1ère chambre civile, 17 décembre 2018, n° 17/00739). Dans le même sens la Cour d'appel de Toulouse a considéré dans son arrêt du 3 octobre 2019 (RG 19/01579) que l'impact de l'épidémie de grippe aviaire « sur les résultats de l'exploitation n'établit pas qu'il présentait un caractère insurmontable et irrésistible susceptible de lui conférer la qualification d'événement de force majeure ». En l'espèce, le confinement d'animaux avait perturbé les activités des parties au contrat.

dans les jours qui viennent si les juges vont réserver un traitement spécial pour le Covid-19, compte tenu de l'ampleur de cette pandémie<sup>(20)</sup>.

8 - L'ambition de la présente étude est d'analyser si la pandémie de Covid-19 peut être qualifiée de force majeure (première partie), avant de décrire les conséquences qui découlent de cette qualification (deuxième partie).

Première partie : La qualification de Covid-19 de force majeure?

9 - La force majeure en matière contractuelle est soumise à la triple condition que l'événement soit extérieur, imprévisible et irrésistible<sup>(21)</sup>. La condition d'extériorité est prévue par l'article 282 du COC qui dispose que le débiteur est exonéré de toute responsabilité lorsque «...l'inexécution ou le retard proviennent d'une cause qui ne peut être lui imputée... ». Cela signifie que l'événement doit être indépendant de la volonté du débiteur, dans des circonstances qu'il ne peut pas maîtriser<sup>(22)</sup>. Il est indifférent que la cause de l'événement soit externe, telle qu'une catastrophe naturelle, ou interne, telle qu'une maladie<sup>(23)</sup>. Cette première condition est la plus facile à qualifier. Il ne fait aucun doute qu'une épidémie, en l'occurrence Covid-19, est indépendante de la volonté du débiteur<sup>(24)</sup>. Une personne atteinte du Covid-19 et hospitalisée peut par voie de conséquence invoquer la force majeure, sauf si elle a provoqué par imprudence/négligence l'apparition de l'événement qui la met dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations. De même, les mesures étatiques qui ont été suivies (interdiction de déplacement, fermeture d'établissements, confinement etc.), et qui sont qualifiées en droit de fait de

(20) Les tribunaux français ont d'ores et déjà rendu quelques décisions sur la qualification de force majeure du Covid-19, V. *infra* n° 27.

(21) V. dans la doctrine tunisienne, M. ZINE:

محمد الزين، المرجع السابق، عدد ٣٦٩ وما بعدها، ص ٢٩٩ وما بعدها.

V. aussi, Ali KAHLOUN:

علي كحلون، المرجع السابق، ص ٤٧٢ و ٤٧٣.

V. en droit français: J. VANZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle: un concept unifié? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », R.G.D.C.B., 2013/8, n° 2, p. 407.

(22) I. GUYOT, « Le caractère extérieur de la force majeure », 2002, p. 213.

(23) Une personne atteinte du Covid-19 peut en conséquence invoquer la force majeure.

(24) R. ZIADE et C. CAVICCHIOLI, « L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux », Numéro 4/2020, p. 176 et s; M. MEKKI, art. préc., p. 170.

prince<sup>(25)</sup>, pourraient être considérées comme remplissant cette condition d'extériorité<sup>(26)</sup>. L'appréciation des deux autres conditions de la force majeure n'est pas toutefois une chose aisée. On vise l'imprévisibilité (A) et l'irrésistibilité (B).

## A - La pandémie de Covid-19 doit être imprévisible

10 - L'imprévisibilité est l'une des conditions requises pour qu'un événement soit qualifié un cas de force majeure<sup>(27)</sup>. Elle est considérée de l'essence même de la force majeure en matière contractuelle<sup>(28)</sup>. On notera toutefois que sur le plan de la forme aucune référence n'est faite à cette condition dans les articles 282 et 283 du COC. Il ne faut pas cependant en déduire que la qualification de force majeure peut être retenue en droit tunisien, lorsque la réalisation de l'événement est prévisible. L'explication peut être trouvée dans les termes mêmes de l'article 283 du COC, qui considère dans son alinéa deuxième que l'événement évitable, et donc prévisible, ne peut pas être efficacement invoqué au titre de la force majeure<sup>(29)</sup>. La doctrine tunisienne représentée par Mohamed Zine partage cette opinion. La jurisprudence avait aussi retenu cette interprétation à maintes reprises<sup>(30)</sup>.

(25) Le fait de prince « désigne tout empêchement résultant d'un ordre ou d'une prohibition émanant de l'autorité publique et qui constitue une cause étrangère justifiant l'inexécution des obligations telles que prévues au contrat » (H. De PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 598).

(26) R. ZIADE et C. CAVICCHIOLI, art. préc., p. 176 et s. La jurisprudence française considère d'ailleurs le fait de prince comme un cas de force majeure (C. Trav. Anvers, 14 février 2005, Chron. D.S., 2005, p. 229).

(27) V. en droit tunisien M. ZINE:

محمد الزين، المرجع السابق، عدد ٣٧١، ص ٣٠٠.

V. en droit français: J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t.4, 12e éd., Thémis, PUF, 1985, n° 75; Ph. MALAURIE, L. AYNES, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, n° 195, p. 110 et n° 955, p. 518.

(28) Ph. MALAURIE, L. AYNES, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, n° 195, p. 110.

(29) Rappelons que cet article prévoit que: « N'est point considérée comme force majeure la cause qu'il était possible d'éviter, si le débiteur ne justifie qu'il a déployé toute diligence pour s'en prémunir ».

(30) V. notamment: Cass. civ. n° 22486 du 15 janvier 2004, inédit:

"إن الاحتجاج بالقوة القاهرة أو الأمر الطارئ يستلزم حسبما يجمع عليه فقهاء القانون والقضاء إثبات شروطها الثلاثة مجتمعة ومنها عدم إمكان توقع السبب المعيق لإنجاز الالتزام وتلك واقعة يرجع في تقديرها لمحكمة الموضوع وهو تقدير موضوعي لا ينظر فيه إلى جانب المدعى وإنما ينظر إلى الوسائل التي عن طريقها يتم توقع الحادثة".

11 - Pour caractériser l'imprévisibilité la doctrine et la jurisprudence s'intéressent à l'anormalité, la rareté ou encore à « l'effet de surprise » que provoque l'évènement<sup>(31)</sup>. Lorsque les circonstances de l'espèce rendent la réalisation de l'évènement suffisamment probable, l'imprévisibilité de l'évènement, et partant la force majeure, ne sera pas retenue<sup>(32)</sup>.

12 - La qualification de la pandémie Covid-19 comme un cas de force majeure dépendra de la caractérisation de la condition d'imprévisibilité. Les juridictions françaises avaient déjà refusé la qualification de force majeure d'une épidémie faute de remplir cette condition d'imprévisibilité. Deux décisions rendues dans des domaines différents illustrent parfaitement nos propos. Dans la première, la Cour d'appel de Nancy avait relevé que l'épidémie de Dengue en 2007, n'était pas imprévisible car elle se produisait régulièrement et ne constituait pas par conséquent une force majeure exonératoire de l'obligation de payer le voyage réservé. La Cour justifie sa position en retenant que: « *Seul un événement présentant un caractère imprévisible (...) peut être retenu au titre de la force majeure (...). La survenance au cours du mois d'août 2007 et dans les mois suivants de nombreux cas de Dengue jusqu'à aboutir au dépassement du seuil épidémique n'est donc pas un phénomène nouveau (...). Ces documents démontrent que l'épidémie survenue au cours de l'année 2007 ne présentait donc pas un caractère imprévisible*<sup>(33)</sup>. Dans la seconde décision, la Cour d'appel de Besançon n'avait pas également

= V. aussi dans le même sens: Cass. civ. n° 12710, du 6 mars 1986, BCC, 1986, I, 209:

"رداءة الأحوال الجوية في الرحلات البحرية لا ينظر اليه كقوة قاهرة لأنها لا تخفى عادة على ممارسي هذه الرحلات وأن ربان السفينة لم يأخذ بنشرة الرصد الجوي الذي أفادت بتوقع الزوبعة التي تعرضت لها السفينة الحاملة لتلك البضاعة".

(31) Cf: F. CHABAS et F. GREAU, "Force majeure", Rep. civ. Dalloz, sept. 2002, n° 12, p. 14; Ch. COUTANT-LAPALUS, "Variations autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère", 26 février 2002, n° 41, p. 15 et s.

V. dans la jurisprudence française: Cass., 2ème Civ., 1er avril 1999, Bull., n° 65, p. 48; Cass., 2ème Civ., 5 janvier 1994, Bull., n° 13, p. 7.

(32) V. en droit tunisien M. ZINE:

محمد الزين، المرجع السابق، عدد ٣٧١، ص ٣٠١.

V. en droit français, Ph. MALAURIE, L. AYNES, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, n° 955, p. 519.

Sur la distinction de l'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto* v. notamment: H.-R. ZHOU, « Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile », Revue du Barreau/Tome 61/Automne 2001, p.451.

(33) Nancy, 1re ch. Civ., 22 nov. 2010, n°09/00003.

retenu la qualification de force majeure en présence de de la grippe H1N1 dans la mesure où cette épidémie avait été annoncée et était très largement prévue lors de la signature du contrat<sup>(34)</sup>.

13 - La lecture de ces deux décisions enseigne que la qualification de force majeure est écartée si l'épidémie a un caractère récurrent ou encore réémergent. S'agissant du Covid-19, on peut raisonnablement penser que la situation est totalement différente. Plusieurs indices pourraient ici tendre à la qualification d'événement imprévisible : il s'agit d'une maladie nouvelle, inconnue chez l'homme et pour laquelle il n'existe aucun vaccin. Plus encore, la vitesse et l'ampleur de sa propagation au niveau mondial semblent tout à fait inédites<sup>(35)</sup>. De même, les mesures gouvernementales et sanitaires mises en place pour éviter la propagation de la pandémie démontrent aussi que la crise sanitaire actuelle est sans précédente. L'Organisation Mondiale de la Santé vient récemment confirmer cette assertion, en définissant le coronavirus comme étant un événement « *soudain et inhabituel ayant des répercussions au-delà des frontières nationales, et exigeant une action internationale immédiate* ».

14 - Le problème n'est pas pour autant encore résolu. L'appréciation de l'imprévisibilité du Covid-19 dépendra nous semble-t-il largement du moment de conclusion du contrat ou des dates de renouvellement ou de trahison reconduction de celui-ci<sup>(36)</sup>. En application de cette idée, on peut relever que les contrats anciens conclus avant l'apparition du virus, ou à tout le moins avant l'information du public quant à l'ampleur qu'il pouvait prendre ne soulèvent *a priori* pas de difficulté au regard du critère d'imprévisibilité<sup>(37)</sup>. La pandémie présentera certainement un caractère imprévisible et peut donc être invoquée par le débiteur comme étant un cas de force majeure si toutes les autres conditions sont remplies. En revanche, il sera certainement plus délicat d'invoquer la force majeure pour les contrats plus récents, faute de pouvoir caractériser l'imprévisibilité de l'événement, sans toutefois qu'elle soit définitivement exclue en raison du caractère évolutif de la pandémie<sup>(38)</sup>. Plus le contrat est récent,

(34) CA Besançon, 8 janvier 2014, RG 12/02291.

(35) M. MEKKI, art. préc., p. 171.

(36) R. ZIADE et C. CAVICCHIOLI, art. préc., p. 176 et s.

(37) Ibid

(38) Ibid

plus le débiteur aurait sans doute des difficultés à convaincre de cette imprévisibilité.

15 - La question se pose toutefois pour savoir à partir de quel moment l'impact de Covid-19 sur l'exécution du contrat n'était pas prévisible. Faut-il considérer qu'il s'agit du jour où la pandémie a été déclarée en Chine, le 31 décembre 2019? Faut-il tenir compte de la date à laquelle l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) en a fait officiellement une « *urgence de santé publique de portée internationale* », le 30 janvier 2020, ou encore le moment où le Covid-19 est devenu une « *pandémie* », toujours selon l'OMS (le 11 mars 2020). Faut-il enfin, retenir la date à laquelle le ministre de la santé tunisien a officiellement annoncé l'enregistrement du premier cas de contamination par le virus coronavirus Covid-19 dans le pays, le 2 mars 2020?

16 - En réalité, il est aujourd'hui difficile de savoir quelle date sera retenue par les juges pour apprécier le critère d'imprévisibilité de la pandémie de Coronavirus. Cette appréciation s'effectuera normalement au cas par cas. On peut toutefois penser que la date de 2 mars 2020 qui marque l'arrivée du virus en Tunisie pourrait servir de référentiel pour les contrats conclus entre des tunisiens. L'explication en est la suivante: depuis cette date et même avant son arrivée en Tunisie, le virus commençait à faire l'objet d'un important suivi médiatique et les parties ne pourront plus ignorer à la fois l'existence et l'ampleur de la pandémie<sup>(39)</sup>. Le contractant qui invoque Covid-19 pour être libéré de ses obligations risque après cette date de ne pas réussir à démontrer le caractère imprévisible de cet événement. Cependant, s'il s'agit d'une convention conclue avec des partenaires étrangers, la date à retenir sera davantage celle du 30 janvier 2020, date à laquelle l'OMS a déclaré que l'émergence de ce nouveau coronavirus constituait une « *urgence de santé publique de portée internationale* ». Il s'ensuit que si le contrat a été signé avant cette date, la pandémie du coronavirus est imprévisible et pourra donc constituer un cas de force majeure si la condition d'irrésistibilité est remplie<sup>(40)</sup>.

---

(39) J. HEINICH, art. préc., p. 611.

(40) E. GASTEBLED, art. en ligne, préc., consulté le 10/04/2020.

## B - La pandémie de Covid-19 doit être irrésistible

17 - La condition d'irrésistibilité est posée par l'article 283 du COC. Aux termes de ce texte, « *La force majeure est tout fait que l'homme ne peut prévenir...et qui rend impossible l'exécution de l'obligation* ». Il ressort de cet article que l'irrésistibilité se rapporte tant à la survenance de l'événement, qui doit être inévitable, qu'à ses effets, lesquels doivent s'avérer insurmontables<sup>(41)</sup>.

18 - L'inévitabilité est caractérisée si le débiteur n'arrive pas à empêcher la survenance ou la réalisation de l'événement. L'article 283 du COC fait référence à cette condition en prévoyant que la force majeure « *est tout fait que l'homme ne peut prévenir* ». Dans l'hypothèse du Covid-19, la propagation rapide du virus et la multiplication sans précédent des mesures d'ordre public et sanitaire pour lutter contre cette pandémie, et qui sont qualifiées en droit de fait de prince, laissent peu de doute sur le caractère inévitable de ces événements.

19 - Cette solution doit cependant être nuancée s'il s'avère que le débiteur a contribué par imprudence/ou négligence à l'apparition de l'événement qui l'a mis dans l'impossibilité d'exécuter son obligation. L'article 283 du COC rappelle d'ailleurs cette règle dans son alinéa deuxième en prévoyant que: « *N'est point considérée comme force majeure la cause qu'il était possible d'éviter, si le débiteur ne justifie qu'il a déployé toute diligence pour s'en prémunir* ». Le même article ajoute *in fine* que: « *N'est pas également considérée comme force majeure la cause qui a été occasionnée par une faute précédente du débiteur* ». Ainsi, dans le contexte de Covid-19, l'usine qui serait à l'arrêt en raison du nombre de travailleurs en incapacité médicale ne pourrait invoquer la force majeure si elle n'avait adopté en temps utile les mesures *ad hoc* pour limiter la propagation du virus (télétravail, distanciation physique, etc.)<sup>(42)</sup>.

(41) V. en droit tunisien M. ZINE:

محمد الزين، المرجع السابق، عدد ٣٧٢، ص ٣٠١.

V. en droit français: Ph. MALAURIE, L. AYNES, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, n° 954, p. 518.

(42) Remarquons qu'il y a ici une sorte de recoupement entre les critères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité.

20 - Par ailleurs, en droit français, la mise en œuvre de la force majeure suppose la preuve non seulement de l'inévitabilité de l'évènement, mais encore l'inévitabilité de ses effets<sup>(43)</sup>. L'article 1218 du Code civil français dispose clairement dans son alinéa premier que la force majeure n'est retenue que si ses : « *effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées* ». Il s'agit là d'une nouveauté introduite par l'ordonnance du 10 février 2016. La probabilité de survenance d'un événement doit donc inciter un contractant normalement prudent et diligent à prendre toutes les précautions nécessaires pour en éviter la survenance et les effets<sup>(44)</sup>. Cette « *responsabilisation du débiteur* », pour emprunter une belle expression du professeur Mustapha MEKKI, trouve son fondement dans le principe de bonne foi et le devoir de collaboration entre les parties<sup>(45)</sup>.

21-En application de cette disposition, l'atteinte d'un débiteur d'une forme grave du Covid-19, voire son hospitalisation n'est pas nécessairement constitutive de force majeure, si le débiteur conserve la possibilité de recourir à une solution de remplacement ou à d'autres moyens pour exécuter ses obligations. Il faudra donc vérifier dans chaque cas si débiteur infecté peut se substituer à un tiers pour réaliser la prestation ou confectionner le bien commandé. La condition d'irrésistibilité n'est remplie que si le débiteur démontre qu'il était le seul à pouvoir fabriquer la marchandise commandée ou délivrer la prestation prévue par le contrat. Le travail à distance ou encore le télétravail pourra également constituer une solution de rechange permettant la continuité de l'activité économique pendant la période de confinement total<sup>(46)</sup>. De même, face à un fournisseur dans l'incapacité de livrer les marchandises, il faut apprécier la possibilité d'être facilement remplacées par celles d'un autre producteur. Par ailleurs, lorsqu'une décision émanant d'une autorité étatique empêche l'exécution de la prestation (arrêté ou décret annulant la tenue d'un événement, interdiction de voyager dans certains pays, mesures de confinement obligatoire de personnes ou de marchandises,

---

(43) P.-H. ANTONMATTEI, Contribution à l'étude de la force majeure, LGDJ 1992. Et du même auteur, « Ouragan sur la force majeure », JCP 1996, I,3907.

(44) Il ne faut pas cependant confondre cette obligation qui pèse sur le débiteur avec l'obligation de minimiser le dommage qui pèse sur le créancier pour éviter que son dommage ne s'aggrave (M. MEKKI, art. préc., p. 171 et 175).

(45) M. MEKKI, art. préc., p. 171.

(46) G. DUCHANGE, « Coronavirus et contrat de travail », Numéro 4/2020, p. 191.

etc.), il faudra vérifier si l'annulation de l'événement aurait-elle pu être évitée par des mesures appropriées (si l'autorité administrative ouvrait une telle possibilité).

22 - L'inévitabilité de l'évènement ou encore, en droit français, de ses effets ne justifie l'inexécution que si cet évènement est insurmontable<sup>(47)</sup>. La question se pose dès lors pour savoir si la pandémie Covid-19 constitue un évènement insurmontable créant pour le débiteur une impossibilité d'exécuter ses obligations? A vrai dire, le Covid-19 n'est pas la première épidémie à soulever cette question. La jurisprudence française s'est prononcée ces dernières années sur la question d'irrésistibilité des épidémies telles que la grippe H1N1<sup>(48)</sup>, la dengue<sup>(49)</sup>, le chikungunya<sup>(50)</sup> ou encore le bacille de la peste<sup>(51)</sup>. L'examen de cette jurisprudence révèle que les juridictions françaises semblent plutôt frileuses à vouloir qualifier ces épidémies de force majeure pour manque d'irrésistibilité.

23 - En témoigne une décision rendue par la Cour d'appel de Basse-Terre à propos du virus chikungunya. La Cour avait relevé qu'« *en dépit de ses caractéristiques (douleurs articulaires, fièvre, céphalées, fatigue, etc.) et de sa prévalence dans l'arc antillais et singulièrement sur l'île de Saint-Barthélemy courant 2013-2014, cet évènement ne comporte pas les caractères de la force majeure au sens des dispositions de l'article 1148 du Code civil. En effet, cette épidémie ne peut être considérée comme ayant un caractère imprévisible et surtout irrésistible puisque, dans tous les cas, cette maladie, soulagée par des antalgiques, est généralement surmontable (...) et que l'hôtel pouvait honorer sa prestation durant cette période*<sup>(52)</sup> ».

24 - Cette analyse a également été retenue par la Cour d'appel de Nancy qui a estimé que l'épidémie de Dengue ne revêtait pas les caractéristiques de la force majeure notamment parce que « *cette maladie a concerné environ 5 % de la population* » et qu'elle ne « *présentait pas*

(47) J. VAN ZUYLEN, « La force majeure en matière contractuelle: un concept unifié? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais », *Revue Générale de Droit Civil Belge*, 2013/8, n° 2, p. 407.

(48) CA Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/0229.

(49) CA Nancy, 22 nov. 2010, n°.

(50) CA Basse-Terre, 17 décembre 2018, RG n°17/00739.

(51) CA Paris, 25 sept. 1996, n° 1996/08159.

(52) CA Basse-Terre, 17 décembre 2018, RG n°17/00739.

*de complications dans la majorité des cas*». A cela s'ajoute, la possibilité de mesures de protections individuelles contre les piqûres de moustiques était envisageable ce qui écartait le critère de l'irrésistibilité. La Cour conclut par voie de conséquence que l'épidémie de Dengue ne constituait pas une force majeure exonératoire de l'obligation de payer le voyage réservé puisqu'elle n'est pas irrésistible dans ses effets<sup>(53)</sup>.

25 - L'enseignement de ces deux décisions est très clair: une épidémie n'est pas considérée comme insurmontable lorsqu'elle n'était pas mortelle et lorsqu'il existait un traitement accessible permettant de surmonter la maladie. La jurisprudence précitée n'est pas forcément transposable au Covid-19 surtout qu'à l'époque de l'apparition de ces maladies, aucune mesure de confinement n'avait été prévue et la propagation de ces virus et le nombre des personnes atteintes étaient de très loin moins importantes. Cette jurisprudence n'est pas toutefois dénuée de tout intérêt. Elle pourra au contraire être utile pour construire la démonstration inverse pour le coronavirus. S'agissant du Covid-19, la situation est inédite car aucune épidémie n'avait jusqu'alors donné lieu à de telles mesures de restriction. La vitesse de propagation est incontrôlable. La vitesse d'enchaînement des textes réglementaires et légaux démontre clairement le caractère dramatique de la situation. Il s'agit d'un virus virulent et létal et qu'aucun traitement n'existe aujourd'hui. La pandémie a contaminé jusqu'à maintenant. Il n'existe ni vaccin ni médicament contre le coronavirus. Cette gravité du virus pourrait permettre de retenir son caractère irrésistible<sup>(54)</sup>.

---

(53) CA Nancy, 22 novembre 2010, RG n° 09/00003.

V. aussi dans le même sens: La Cour d'appel de Paris qui a jugé qu'il n'y a pas de force majeure lorsque le virus Ebola n'a pas rendu l'exécution des obligations impossible (CA Paris, 29 mars 2016, RG 15/05607). La Cour d'appel de Douai a jugé aussi l'absence de force majeure lorsque le débiteur ne peut démontrer en quoi l'épidémie de Chikungunya sur l'île de la Réunion a été de nature à faire obstacle à ce qu'il puisse donner son appartement à bail dans le délai de six mois accordé afin de bénéficier d'une exonération fiscale. (CAA Douai, n°15DA01345, 28 janvier 2016). Enfin, la Cour d'appel de Toulouse a considéré dans son arrêt du 3 octobre 2019 (RG 19/01579) que l'impact de l'épidémie de grippe aviaire « sur les résultats de l'exploitation n'établit pas qu'il présentait un caractère insurmontable et irrésistible susceptible de lui conférer la qualification d'événement de force majeure ». En l'espèce, le confinement d'animaux avait perturbé les activités des parties au contrat.

(54) Cette qualification serait, toutefois, susceptible d'être remise en cas de découverte d'un traitement efficace.

26 - Cette analyse a d'ailleurs été retenue par la Cour d'appel d'Agen qui a conclu au terme d'une motivation très détaillée qu'« *une épidémie de brucellose bovine affectant un troupeau à l'origine de la contamination d'un cheptel voisin doit être considérée comme présentant tous les caractères de la force majeure exonératrice de responsabilité pour le gardien des animaux ayant causé le dommage. Cette maladie, qui déborde facilement les mesures prévues par la loi, d'une très grande virulence et d'une contagiosité redoutable, peut en effet être transmise par n'importe quel vecteur tel piqûres d'insectes ou corps humain, et se caractérise par une période de latence indécélable et imprévisible<sup>(55)</sup>. Dans cette décision, les juges se sont fondés sur la virulence inattendue de l'épidémie pour considérer qu'elle constituait un cas de force majeure. Un tel motif pourrait parfaitement être transposé à la pandémie actuelle de Covid-19 dont la gravité a surpris le monde entier<sup>(56)</sup>.*

27 - Le 4 mars 2020, la Cour d'appel de Douai vient reconnaître explicitement que le risque de pandémie lié au coronavirus caractérisait la force majeure, s'agissant de l'annulation, le 19 février dernier, d'un vol à destination de Naples (ville en Italie), une zone alors considérée «à risques<sup>(57)</sup>. Plus récemment encore, le 12 mars 2020, la Cour d'appel

(55) CA Agen, 21 janvier 1993, JurisData n°1993-040559. V. dans le même sens: CA Aix-en-Provence, 3 mai 2006, JurisData n°2006-306944. Dans cette décision, la Cour d'appel d'Aix en Provence s'est fondée sur l'existence d'un cas de force majeure pour écarter la responsabilité d'un hôtelier et d'une agence de voyage à qui l'on reprochait la fermeture du baby-club et l'infection de deux clients par la gastro-entérite, car ils ne pouvaient pas prévoir l'ampleur qu'allait prendre cette épidémie dans la région alors même que la gastro-entérite est habituellement une infection banale.

(56) V. aussi, la Cour d'appel d'Aix en Provence, qui s'est fondée sur l'existence d'un cas de force majeure pour écarter la responsabilité d'un hôtelier et d'une agence de voyage à qui l'on reprochait la fermeture du baby-club et l'infection de deux clients par la gastro-entérite, car ils ne pouvaient pas prévoir l'ampleur qu'allait prendre cette épidémie dans la région alors même que la gastro-entérite est habituellement une infection banale (CA Aix-en-Provence, 3 mai 2006, JurisData n°2006-306944).

(57) La Cour a jugé que: « L'annulation du vol par les autorités italiennes en raison du risque de pandémie liée au coronavirus; comme l'a justement analysé le juge des libertés et de la détention, les circonstances de l'annulation du vol caractérisent la force majeure et ne sont pas imputables à un défaut de diligences des services de la préfecture du Nord » CA Douai, 4 mars 2020 n°20/00395.

de Colmar vient reconnaître clairement le caractère de force majeure de la pandémie de Covid-19<sup>(58)</sup>. En l'espèce, un étranger retenu dans un centre de rétention administrative n'ayant pu être conduit à l'audience. La Cour avait justifié son absence à l'audience par le fait qu'il présente les symptômes du virus Covid-19 et qu'il avait été en contact avec des personnels susceptibles d'être infectés par ce virus. La Cour relève-t-elle que : « *ces circonstances exceptionnelles, entraînant l'absence de M. G. à l'audience de ce jour revêtent le caractère de la force majeure, étant extérieures, imprévisibles et irrésistibles, vu le délai imposé pour statuer et le fait que, dans ce délai, il ne sera pas possible de s'assurer de l'absence de risque de contagion et de disposer d'une escorte autorisée à conduire M. G. à l'audience* ». Pour convaincre de son point de vue, la Cour ajoute que le centre de rétention administrative : « *a indiqué ne pas disposer de matériel permettant d'entendre M. G. dans le cadre d'une visio-conférence, ce dont il résulte qu'une telle solution n'est pas non plus envisageable pour cette audience* »<sup>(59)</sup>. La même position a été réitérée par la Cour de Colmar dans d'autres arrêts rendus le 16 mars<sup>(60)</sup>, puis le 23 mars 2020<sup>(61)</sup>.

(58) CA Colmar, 6e ch., 12 mars 2020, n° 20/01098, Disponible sur : <https://www.doctrine.fr/d/CA/Colmar/2020/C8A8F3A305EEEEBB31F249>, consulté le 30 mai 2020.

(59) V. également dans le même sens une décision rendue par cette même Cour d'appel le 23 mars 2020 dans le cadre du maintien en zone d'attente d'un demandeur d'asile. La Cour avait relevé que « compte tenu de la pandémie Covid 19 en cours et des mesures de confinement prises par l'autorité publique, alors que (le) *département du Haut-Rhin constitue un foyer majeur de l'épidémie, caractérisé par un degré de contagion important et de nature à faire courir des risques réels et suffisamment sérieux à l'ensemble du personnel requis pour assurer la tenue de l'audience en présence du maintenu en zone d'attente, il sera statué hors la présence de ce dernier* », les circonstances sus visées caractérisant un cas de force majeure. CA Colmar, 6e ch., ord., 23 mars 2020, n° 20/01207.

(60) Dans ces deux arrêts rendus le 16 mars 2020 (n° 20/01142 et 20/01143), la Cour d'appel de Colmar a souligné que « la situation [liée au Covid-19] demeure très évolutive, avec l'imminence possible de mesures de confinement, et marquée d'ores et déjà par un passage au stade 3 impliquant une circulation active du virus, de surcroît dans les départements du Haut-Rhin et du Bas-Rhin, qui constituent des foyers particulièrement notables de l'épidémie, caractérisée par un degré de contagion important et de nature à faire courir des risques réels et suffisamment sérieux à l'ensemble des personnels requis pour assurer la tenue de l'audience en présence du retenu », pour en déduire que ces circonstances « revêtent le caractère de la force majeure, étant extérieures, imprévisibles et irrésistibles ».

(61) Les affaires n° 20/01206 et 20/01207.

28 - La position de la Cour d'appel de Douai et de Colmar dans les arrêts précités doit être saluée, même si les faits de l'espèce ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une relation contractuelle<sup>(62)</sup>. Elle peut constituer une illustration de l'appréciation qui pourrait être faite par les tribunaux de la notion de force majeure dans le contexte du Covid-19. Elle vient aussi renforcer l'idée d'une situation de force majeure déjà défendue par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS)<sup>(63)</sup>, les gouvernements<sup>(64)</sup> et les autorités de certains pays<sup>(65)</sup>.

29 - Cette position constitue enfin « *une planche de salut* » pour un débiteur qui se trouve dans une situation d'impossibilité d'exécuter ses obligations. Il en est ainsi lorsqu'une décision des autorités empêche le débiteur d'exécuter la prestation promise (arrêté annulant la tenue d'un événement, interdiction de voyager dans certains pays, limitation et interdiction des rassemblements et déplacements indispensables à l'exécution de l'obligation; mesures de confinement obligatoire de personnes ou de marchandises, etc.). La même situation peut se rencontrer avec un malade hospitalisé à cause du Covid-19, il pourrait ne pas pouvoir honorer ses engagements, sauf si son obligation porte sur le paiement d'une somme d'argent<sup>(66)</sup>.

(62) Les arrêts précités concernent le droit des étrangers et le droit d'asile.

(63) L'Organisation Mondiale de la Santé a récemment défini le coronavirus comme un événement « soudain et inhabituel ayant des répercussions au-delà des frontières nationales, et exigeant une action internationale immédiate ».

(64) A souligner que Monsieur Bruno Le Maire ministre de l'économie et finance français a indiqué, le 28 février 2020, que. « Ce qui veut dire que pour tous les marchés publics de l'état, si jamais il y a un retard de livraison de la part des PME et des entreprises, nous n'appliquerons pas de pénalités ».

(65) Le 30 janvier 2020, le Centre de Certification Commerciale du Conseil Chinois pour la Promotion du Commerce International (CCPCI) a publié un avis indiquant que le CCPCI était habilité à délivrer aux sociétés Chinoises affectées par le Coronavirus des certificats de force majeure.

Il convient de souligner que ces décisions ne lient pas le juge qui reste libre de décider dans chaque cas si les conditions de la force majeure sont remplies.

(66) Lorsque l'obligation du débiteur porte sur une chose "de genre", comme le paiement d'une somme d'argent, le débiteur reste tenu et ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure (Cass. com., 16 sept. 2014, n°13-20.306, RTD civ. 2014. 890, obs. H. BARBIER; Com. 16 sept. 2014, n° 13-20.306, D. 2014. 2217, note J. François). La seule exception pourrait résider dans des cas très particuliers d'impossibilité matérielle de procéder au règlement des sommes dues, comme une maladie empêchant le débiteur hospitalisé de procéder au règlement des sommes dues, ou un bug informatique empêchant d'effectuer le paiement à la date prévue (Cass. 3ème civ., 17 févr. 2010, n°08-20.943; Civ. 3e, 19 sept. 2019, n° 18-18.921, =

Deuxième partie : Les conséquences de la qualification de Covid-19 de force majeure

30 - Les dispositions légales relatives à la force majeure ne revêtent pas un caractère d'ordre public<sup>(67)</sup>. Les parties peuvent en conséquence aménager contractuellement la force majeure, tant dans sa définition que dans ses conséquences. Il importe dès lors dans chaque cas de se référer au contrat pour voir s'il y a une clause de force majeure qui en détermine les conséquences (B). À défaut, les conséquences prévues par les textes de loi devront s'appliquer (A).

### A) Les conséquences légales de la force majeure

31 - La force majeure est une cause d'exonération de la responsabilité. L'article 282 du C.O.C. prévoit en ce sens qu' « *il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts, lorsque le débiteur justifie que l'inexécution ou le retard proviennent d'une cause qui ne peut lui être imputée, telle que la force majeure...* »<sup>(68)</sup>. L'article 233 du Code civil koweïtien de 1980 prévoit aussi que : « *La personne qui prouve que le dommage a été causé par une cause étrangère..., comme un cas de force majeure..., n'est pas tenue d'indemniser, sauf stipulations contraires* »<sup>(69)</sup>. Le Code des obligations et des contrats ne dit pas toutefois que la force majeure libère le débiteur de l'exécution de ses obligations. Or, il est communément admis en doctrine que la force majeure produit un double effet, libératoire et exonératoire<sup>(70)</sup>. Elle libère le débiteur de ses obligations et l'exonère de toute responsabilité. Le nouvel article 1218-

= AJDI 2019. 819). Dans l'hypothèse du coronavirus, seule la maladie empêchant de réaliser le paiement pourrait à la rigueur être invoquée, mais elle n'aurait alors qu'un effet suspensif et permettrait seulement au débiteur d'échapper au paiement d'éventuelles pénalités de retard.

(67) J. JULIEN, et Ph. Le TOURNEAU (dir.), Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, 2018/2019, n° 214.12.

(68) L'article 1148 du Code civil français avant la réforme de 2016 prévoit également qu' « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ».

(69) Traduction personnelle, Le dit article 233 dispose en langue arabe:

"إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي عنه لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير، كان غير ملزم بالتعويض، وذلك ما لم يوجد نص يقضي بخلافه".

(70) V. en droit tunisien M. ZINE:

محمد الزين، المرجع السابق، عدد ٣٧٣، ص ٣٠٢.

V. en droit français: Ph. MALAURIE, L. AYNES, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, n° 899, p. 489; M. MEKKI, art. préc., p. 171.

2 du Code civil français, adopté depuis la réforme intervenue le 10 février 2016 mentionne explicitement cet effet libératoire de la force majeure en prévoyant que : « *Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations...* ».

32 - L'effet de la force majeure est très puissant puisqu'il a pour effet direct la résolution / résiliation du contrat avec comme conséquence directe la libération du débiteur de l'exécution de ses obligations, sans que sa responsabilité ne puisse être engagée en raison de l'inexécution<sup>(71)</sup>. Il y a lieu cependant de relever que cet effet « *radical* » de la résolution doit être atténué lorsque l'impossibilité d'exécuter le contrat est simplement temporaire ou « *momentané* », pour emprunter une expression de Philippe MALAURIE<sup>(72)</sup>. On parlera dans ce cas de la suspension du contrat et non de sa résolution<sup>(73)</sup>. Le débiteur n'est pas libéré, mais l'exécution de son obligation est reportée dans le temps<sup>(74)</sup>. Le contrat reprend ensuite son cours normal à la fin de l'empêchement<sup>(75)</sup>. La durée de la suspension dépend alors de la durée de l'empêchement, dans la limite d'un délai raisonnable, l'exécution pouvant reprendre dès la cessation de l'événement<sup>(76)</sup>. Ainsi, une entreprise qui

(71) Pour les contrats à exécution successive, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation ayant reçu sa contrepartie. On parle de résiliation du contrat et non de sa résolution.

(72) Ph. MALAURIE, L. AYNES, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, n° 960, p.521.

(73) R. ZIADE et C. CAVICCHIOLI, art. préc., p. 176 et s.

(74) Cass. civ., 15 février 1988, DP 1988, 1, 203 : « La force majeure ne fait obstacle à l'exécution des obligations qu'autant qu'elle a empêché le débiteur de donner ou de faire ce à quoi il était obligé; qu'il suit de là que si l'empêchement est momentané, le débiteur n'est pas libéré, que l'exécution de l'obligation est seulement suspendue jusqu'au moment où la force majeure vient à cesser ». - Cass. civ. 1ère, 24 février 1981, D. 1982, p. 479, note D. MARTIN: « En cas d'impossibilité momentanée d'exécution d'une obligation, le débiteur n'est pas libéré, cette exécution étant seulement suspendue jusqu'au moment où l'impossibilité vient à cesser ». Le fondement de la suspension du contrat comme effet de la force majeure temporaire a également suscité des interrogations. Cf. P.-H. ANTONMATTEI, Contribution à l'étude de la force majeure, LGDJ, 1992, n° 261 et s.; Ph. MALAURIE, L. AYNES, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, n° 960, p.521.

(75) J. HEINICH, art. préc., p. 611 et s.

(76) V., par ex., Civ. 3e, 22 févr. 2006, n° 05-12.032, D. 2006. 2972, obs. Y. ROUQUET, dans lequel la Cour de cassation française retient que « la force majeure n'exonère le débiteur de ses obligations que pendant le temps où elle l'empêche de donner ou de faire ce à quoi il s'est obligé ». En l'espèce, un délai de neuf mois s'était écoulé entre la fin de l'évènement (tempête) et l'exécution de l'obligation.

importe des marchandises de pays touchés par la crise sanitaire pourrait se trouver dans l'impossibilité momentanée de livrer ses clients. La production des marchandises pourra reprendre dès le pic épidémique passé<sup>(77)</sup>.

33 - Logiquement, cet effet suspensif doit être écarté lorsque la nature du contrat est telle que l'exécution de l'obligation n'aurait plus de sens si elle devait être retardée, et ce, même si l'empêchement est temporaire. Il en va ainsi de prestations à fournir pour l'organisation d'un événement dont la date n'est pas elle-même reportée, ou encore de la livraison de denrées périssables. Le contrat sera alors résolu, sans que la responsabilité du débiteur puisse être engagée pour inexécution, en raison de l'effet exonératoire de responsabilité de la force majeure<sup>(78)</sup>. La même sanction de résolution devrait s'appliquer également lorsque la date d'exécution de la prestation est un élément essentiel du contrat pour le créancier.

34 - La technique de suspension du contrat doit être encouragée en droit tunisien et koweïtien, même si les articles 282 et 283 du C.O.C. et 233 du Code civil koweïtien gardent le silence sur la suspension du contrat en cas de survenance d'un cas de force majeure. La doctrine tunisienne, représentée par les éminents professeurs Mohamed Zine et Mohamed Melki, avaient déjà prôné cette solution d'autant plus qu'elle assure le maintien du lien contractuel pour le futur<sup>(79)</sup>. Pareille solution traduit une volonté de généraliser les cas de suspension du contrat prévus par le Code d'assurance ou encore le Code du travail en cas de maladie du salarié ou lorsqu'il est appelé sous les drapeaux<sup>(80)</sup>. La Cour de cassation avait aussi admis que la force majeure entraîne parfois la suspension du contrat, notamment dans l'hypothèse d'emprisonnement du débiteur<sup>(81)</sup>.

(77) J. HEINICH, art. préc., p. 611.

(78) Ibid

(79) V. en droit tunisien M. ZINE et M. MELKI:

محمد الزين، المرجع السابق عدد ٣٧٣، ص ٣٣٠؛ محمد الملقى، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ط ٢، مركز النشر الجامعي، ٢٠٠٣، ص ٢٦٨.

(80) V. les articles 19 et 20 du Code du travail tunisien.

(81) V. notamment: Cass. civ. n° 30391, du 16 avril 2007, Inédit

"إن الوجود بالسجن يعتبر قوة قاهرة إلا أنها لا تنهي العقد بل توقفه طيلة تلك المدة."

35 - De la même manière, lorsque l'impossibilité d'exécution est partielle, la résolution du contrat doit par voie de conséquence être partielle, bien évidemment si la divisibilité des obligations est possible<sup>(82)</sup>. Il n'y a pas donc rupture des relations commerciales dans leur ensemble. Le débiteur de l'obligation n'est libéré que des seules obligations concernées par le cas de force majeure et non de l'intégralité de ses obligations.<sup>(83)</sup> Pour illustrer nos propos, on peut prendre l'exemple d'un organisateur d'événements qui a conclu des contrats sur plusieurs territoires, dont certains touchés par le Covid-19 (en Chine, en Italie, Iran...). On peut raisonnablement penser qu'il ne peut invoquer la force majeure du fait du virus Covid-19 que pour demander l'annulation des événements organisés dans ces pays uniquement. Le même raisonnement devra nous conduire aussi à admettre la résolution partielle lorsqu'un contrat prévoit la fourniture de pièces détachées dont certaines viennent de la Chine, pays fortement impacté économiquement par le Covid-19. L'impossibilité d'exécution portera uniquement sur les pièces venant de la Chine, les autres doivent être livrées par le débiteur avec une adaptation proportionnée de la contreprestation de l'autre partie<sup>(84)</sup>.

(82) Le Code civil français consacre cette règle dans son article 1351, qui prévoit que: « L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure ». Dans le même sens l'article 51 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises dispose que: « 1) Si le vendeur ne livre qu'une partie des marchandises ou si une partie seulement des marchandises livrées est conforme au contrat, les articles 46 à 50 s'appliquent en ce qui concerne la partie manquante ou non conforme. 2) L'acheteur ne peut déclarer le contrat résolu dans sa totalité que si l'inexécution partielle ou le défaut de conformité constitue une contravention essentielle au contrat ».

(83) Il y a lieu de relever que la résolution totale du contrat est prononcée lorsque l'exécution partielle met en échec les attentes raisonnables de l'autre partie. Tel est le cas lorsque les organisateurs d'un congrès s'engagent avec une chaîne hôtelière à la location de 100 chambres afin d'héberger les participants d'un congrès international qui aura lieu dans leurs locaux. La salle destinée aux sessions du congrès est inutilisable à cause d'une inondation et ne pourra l'être avant la date du congrès. Bien que le congrès puisse se dérouler partiellement en ce qui concerne l'hébergement des congressistes, le contrat est considéré comme résolu, car il est raisonnable que les attentes des organisateurs soient mises en échec si les congressistes ne peuvent pas être logés au même endroit que celui où les sessions du congrès sont tenues.

(84) Cette idée de réduction du prix peut être illustrée à travers cet exemple: un fabricant d'automobiles situé dans le pays X s'engage avec un distributeur de bougies d'allumage pour moteurs automobiles situé dans le pays Y. Le contrat envisage la livraison de 50 000 unités =

Les contractants peuvent toutefois déroger à ces conséquences légales.

## B) Les aménagements conventionnels des conséquences de la force majeure

36 - Les règles relatives à la force majeure en droit tunisien comme en droit koweïtien n'ont pas un caractère d'ordre public<sup>(85)</sup>. Les parties peuvent par conséquent insérer dans leur contrat une clause dénommée « clause de force majeure ». Il s'agit en quelque sorte d'une force majeure négociée<sup>(86)</sup>. La clause de force majeure constitue l'un des outils contractuels auxquelles les parties peuvent y faire recours pour la gestion des risques naturels (incendie accidentel, inondation imprévue, tremblement de terre...), sociopolitiques (guerre, révolution, blocus, grève...), ou encore économique (crise monétaire, faillite d'un fournisseur...)<sup>(87)</sup>.

37-Les clauses de force majeure sont en principe valables, sauf si elles conduisent à la création d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ou encore si elles contredisent l'obligation essentielle souscrite par le débiteur<sup>(88)</sup>. Pour cette raison les parties, et partant, l'éventuel tiers-rédacteur doivent rédiger de telles clauses avec « intelligence » ou encore avec « précaution<sup>(89)</sup>. Ils peuvent par exemple,

---

= dans un délai déterminé. cause d'un conflit politique, les exportations entre les pays X et Y sont interrompues par un blocus commercial. Le distributeur, qui a déjà livré 40 000 unités, ne peut livrer les 10 000 unités qui restent. Le contrat n'est pas résolu, car le fabricant peut trouver sur le marché les unités restantes et utiliser celles qui ont été livrées. Le distributeur n'est pas responsable de l'inexécution et le fabricant devra payer le prix avec une réduction de 20%.

(85) J. JULIEN, et Ph. Le TOURNEAU (dir.), *Op. cit.*, n° 214.12.

(86) D. NOGUERO, « *La maladie du débiteur cas de force majeure* », 2006 p. 1566.

(87) P. MOISAN, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision », *Les Cahiers de Droit*, vol. 35, n° 2, juin 1994, p. 285; M. MEKKI, art. préc., p. 164 et s.; J.M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », (1988) 87. 484.

(88) M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », 2016, 391; C. GRIMALDI, « », 27 octobre 2016, n°17; C. GRIMALDI, « Précisions sur les conditions de validité des clauses de responsabilité », 8 sept. 2010, p. 7; T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion (article 1110 nouveau du Code civil) », 2016, p. 1171 et s., spéc. n° 8; A.BAMDE, « L'obligation essentielle du contrat ou la consécration des jurisprudences Chronopost et Faurecia », disponible <https://www.google.com/search?client=firefoxd&q=L%E2%80%99obligation+essentielle+du+contrat+ou+la+cons%C3%A9cration+des+jurisprudences+Chronopost+et+Faurecia>, sur, consulté le: 20 mai 2020

(89) M. MEKKI, art. préc., p. 172.

énoncer les critères généraux traditionnels caractérisant l'événement constitutif d'un cas de force majeure (extériorité, imprévisibilité et irrésistibilité). Ils peuvent aussi dresser une liste exemplative ou exhaustive d'événements pouvant être qualifiés de cas de force majeure. En l'occurrence, il se peut que les parties aient convenu d'inclure ou d'exclure expressément les épidémies ou les pandémies des événements constitutifs de la force majeure. En présence de ces clauses, il sera nécessaire de les interpréter afin de déterminer si le Covid-19 et/ou les mesures prises par les autorités publiques (confinement par exemple) peuvent constituer un cas de force majeure<sup>(90)</sup>. Il ne faut pas cependant en déduire que la qualification de force majeure du virus Covid-19 n'est pas retenue en présence d'une clause rédigée de manière générale sans référence spécifique aux épidémies, et ce, compte tenu de l'exceptionnelle gravité de la situation. Cette solution doit d'autant plus être admise dans l'hypothèse où les événements aient été mentionnés par la clause de force majeure de manière indicative et non exhaustive.

38-Les parties peuvent aussi par avance aménager les conséquences d'un événement de force majeure, en répartissant entre elles les risques<sup>(91)</sup>. Elles peuvent décider d'écarter purement et simplement les effets légaux de la force majeure en prévoyant que les stipulations contractuelles doivent s'appliquer même dans l'hypothèse de la survenance d'un cas de force majeure, une maladie infectieuse tel le coronavirus et/ou les décisions des autorités par exemple. La pratique contractuelle sur le plan international fait d'ailleurs apparaître que fréquemment les exclusions prévues au titre de la force majeure intègrent le risque sanitaire ou les décisions prises par les autorités publiques. La clause de force majeure est assimilée dans ce cas à une « une clause de garantie<sup>(92)</sup> dans la mesure où le débiteur prend la charge de la force majeure. Il devient en quelque sorte, pour emprunter une belle expression de Philippe MALAURIE, « *l'assureur du créancier* » : il le garantit contre

(90) R. ZIADE et C. CAVICCHIOLI, art. préc., p. 176 et s.

(91) Ph. MALAURIE, L. AYNES, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, n° 953, p. 517; Ph. STOFFEL-MUNCK, obs. JCP 2006, I, 115, no 13, sous Cass. civ. 3eme, 31 oct. 2006, Bull. civ. III, no 212.

(92) Ph. MALAURIE, L. AYNES, et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Op. cit.*, n° 953, p. 517.

la survenance de certains risques<sup>(93)</sup>. Les parties peuvent, à l'inverse, convenir que le débiteur sera exonéré dans des cas, spécialement énumérés par le contrat, qui ne présentent même pas les caractères de la force majeure<sup>(94)</sup>.

39-Les parties peuvent également, en application du principe de la liberté contractuelle, assouplir ou atténuer les conséquences plus ou moins radicales de la force majeure mentionnées par l'article 283 du COC, en prévoyant une sorte de gradation de ces conséquences. Elles peuvent indiquer par exemple que dans l'hypothèse de survenance d'un cas de force majeure leur contrat serait simplement suspendu. La suspension du contrat est beaucoup plus préférable à sa résiliation et reflète une volonté de maintenir le lien contractuel en dépit des obstacles qui se dressent sur le chemin de son exécution<sup>(95)</sup>.

40-Les parties peuvent aussi assortir la suspension de diverses modalités. Elles peuvent ainsi prévoir la durée maximale de suspension des obligations (en jours, semaines ou mois) à la fin de laquelle le contrat sera résolu d'office ou à l'initiative de l'une des parties. Elle peuvent convenir la prise en compte d'un délai supplémentaire après la suspension avant de recommencer à exécuter le contrat<sup>(96)</sup>. De même, il peut être convenu que la partie qui invoque tout événement pouvant rendre impossible l'exécution doit le notifier par écrit à l'autre partie dès que possible, en fournissant des preuves admissibles de l'événement. De surcroît, il peut être également prévu que les parties se réuniront pour rénégocier le contrat. La renégociation d'un contrat touché par un cas de force majeure pourra amener les parties à s'entendre pour suspendre le contrat, à procéder à son adaptation ou le cas échéant en cas d'échec à sa résiliation<sup>(97)</sup>.

41-La pratique contractuelle des clauses de force majeure doit être encouragée pour le futur surtout pour les contrats de longue durée. Les crises sanitaires vont devenir selon les spécialistes cycliques. Or, il serait

---

(93) Ibid, n° 947, p. 511.

(94) Ibid, n° 953, p. 517.

(95) P. MOISAN, « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision », art. préc., p. 316.

(96) R. ZIADE et C. CAVICCHIOLI, art. préc., p. 176 et s.

(97) P. MOISAN, art. préc., p. 318.

fort probable que la pandémie de coronavirus ne soit pas considérée comme un cas de force majeure faute de remplir la condition d'imprévisibilité. Pour parer à cette situation, les parties doivent adopter une définition plus ou moins souple de la force majeure en évinçant, par exemple, le caractère imprévisible et en indiquant les hypothèses qui seront considérées dans les mois venir comme relevant d'un cas de force majeure, même si elles ne répondent pas à toutes les conditions légales de la force majeure.

## Conclusion

42-La force majeure peut en constituer une arme efficace dans la guerre juridique menée contre le Covid-19. Les clauses de force majeure peuvent également contribuer à lutter contre cette crise sanitaire. Elles sont devenues aujourd'hui «*de véritables creusets de souplesse et de dynamisme contractuel*<sup>(98)</sup> qui «*fertilisent*»<sup>(99)</sup> pour ainsi dire le droit commun des contrats en suppléant ses lacunes, mais aussi en invitant à une redéfinition de la notion classique de force majeure en matière contractuelle pour répondre aux besoins de la réalité.

---

(98) R. IBARA, L'aménagement de la force majeure dans le contrat: essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée, th., Université de Poitiers, 2006, n° 724, p. 1720; V. dans le même sens: Ph. KAHN, « Force majeure et contrat internationaux de longue durée », J.D.I, 1975, p. 469.

(99) M. FONTAINE, « Fertilisation croisées du droit des contrats », in Mélanges en l'honneur de J. GHESTIN, LGDJ 2001, p. 128.

## جائحة كوفيد-١٩ والقوة القاهرة

حافظ علي بوعزيز

### ملخص:

عاش العالم خلال الأشهر القليلة الماضية حالة من القلق والخوف بسبب ظهور جائحة كورونا. وللتوقي من الآثار الخطيرة لهذا الفيروس، بادرت عديد الدول باتخاذ جملة من التدابير الاحترازية (الحجر الإجمالي، منع الجولان...). وقد كان لهذه الإجراءات تداعيات سلبية على المستويين الاجتماعي والاقتصادي. كما كان لها تأثيراً كبيراً على العقود، حيث واجه كثير من المدينين صعوبات في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، وأصبح السؤال الذي يشغل بال الكثيرين يتعلق بمعرفة ما إذا كان بإمكانهم التمسك بالقوة القاهرة للتفصي من التزاماتهم التعاقدية بدون تحمل أية مسؤولية؟

وقد تناولنا في هذا المقال تلك الإشكالية من زاويتين. تعلقنا الأولى بمدى إمكانية تكييف جائحة كوفيد-١٩ كقوة القاهرة. وقد خلص البحث الى أن ذلك ممكناً إذا توافرت شروط القوة القاهرة وخاصة شرطي عدم إمكانية التوقع واستحالة الدفع. ولكن يبقى هذا التكييف خاضعاً لتقدير القضاء حالة بحالة معتمداً في ذلك على عديد المؤشرات، ومنها أن الوباء جديد وغير معروف زمن إبرام العقد. أما بخصوص استحالة التنفيذ، فيمكن تبرير توافر هذا الشرط بخطورة الفيروس وبكونه مميتاً مع عدم وجود تلقيح أو علاج له إلى حد الآن. يضاف إلى ذلك استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية بسبب الإجراءات الوقائية المتخذة للحد من انتشار الوباء على غرار الحجر الإجمالي.

أما المسألة الثانية، فقد تعلقنا بدراسة الآثار المترتبة عن وصف هذه الجائحة بالقوة القاهرة ومنها إمكانية فسخ العقد أو على الأقل تعليقه وتأجيل تنفيذه إلى حين زوال الجائحة، إضافة إلى إمكانية إعادة التفاوض من أجل تعديله. وبذلك خلصنا إلى الإقرار بقدرة أحكام القوة القاهرة على مجابهة الأوبئة مع دعوة المتعاقدين لإدراج بنود للقوة القاهرة صلب عقودهم لتعزيز تلك القدرة وللاستجابة للمتغيرات المستقبلية.