

JURISMAT

Revista Jurídica

Número 19

2024

JURISMAT

Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes

N.º 19 – PORTIMÃO – MAIO 2024

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 19
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Directório Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Capa: Eduarda de Sousa
Data: Maio 2024
Impressão: ACD Print
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	7
ARTIGOS	11
PAULO FERREIRA DA CUNHA Justiça & Política(s) – Reflexões Imanentes e Prospetivas	13
RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS Guerra Junqueiro em Coimbra – O Estudante de Direito e o Poeta	39
DIEGO SIQUEIRA REBELO VALE & SANDRO ALEX SOUZA SIMÕES O formalismo jurídico alemão no século XIX e o problema da interpretação	57
MIGUEL SANTOS NEVES Gaza, o conflito Israel-Palestina e Lawfare: limitações na capacidade do direito internacional regular os conflitos armados	87
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Decisão sobre a admissão do recurso; em especial, da revista excepcional	141
J. P. REMÉDIO MARQUES Reivindicação <i>versus</i> demarcação – violação de caso julgado ("contrário contraditório")	155
JORGE GODINHO O crime de exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar (art. 108.º da lei do jogo)....	197
DORA LOPES FONSECA A prática do crime de violência doméstica em casos de alienação parental: breves notas reflexivas.....	251
CARLOS FERREIRA DA SILVA O ilícito de mera ordenação social como ramo do direito sancionatório e a sua convivência com o princípio da culpa.....	263
LUÍS MANUEL PICA & MÁRIO FILIPE BORRALHO Da tributação da renúncia ao direito às tornas no contrato de partilha de herança: a fragmentação entre os conceitos de "onerosidade" e de "gratuidade" e a (in)compreensão do regime dualista	287
MAROUANE CHACHOUI La force majeure et la théorie de l'imprévision à l'ère de la pandémie covid-19	303
HUGO CUNHA LANÇA Os Princípios Gerais do Direito das Sociedades Comerciais: um excurso.....	321

ROBA IHSANE	
Le transfert temporaire de la propriété des actions.....	343
SAÏD AZZI	
Les pratiques anticoncurrentielles : risques et sanctions sous la lumière de la loi 104-12	361
ANTÔNIO CARLOS MORATO	
A criação de brinquedos e sua proteção no Brasil.....	375
ARTIGOS DE ESTUDANTES E DIPLOMADOS DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	401
GONÇALO AMARO CAMACHO	
O uso de sistemas de geolocalização pelo empregador na lei e na jurisprudência	403
PATRÍCIA FILIPA NUNES TEIXEIRA	
Confronto entre o direito à habitação e o direito de propriedade privada: algumas notas sobre a (in)constitucionalidade do arrendamento coercivo	423

La force majeure et la théorie de l'imprévision à l'ère de la pandémie Covid-19

MAROUANE CHACHOUI *

Introduction

Le monde a vécu une profonde incertitude scientifique, sanitaire et économique à cause d'une pandémie « dénommée covid-19 ». Pour mener à bien la « guerre¹ » contre la propagation de ce virus, une même arme est à la disposition de tous les pays frappés par cette pandémie : le droit.² Ce dernier n'est fait ni pour les héros ni pour les saints, mais pour les hommes médiocres que nous sommes.³

La pandémie covid-19 a provoqué une crise sanitaire mondiale sans précédent. La vie économique, politique, sociale ou encore culturelle a été bouleversée par l'adoption de diverses solutions politiques et juridiques tendant à gérer la crise engendrée par ladite pandémie.

JURISMAT, Portimão, n.º 19, 2024, pp. 303-320.

* Doctorant en Droit Privé à la FSJES d'Agadir.

¹ C. JAMIN, « Ce que le Covid-19 (la guerre) fait aux juristes », *Recueil Dalloz*, Avril 2020, p. 761.

² M. MEKKI, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », in Covid-19 et contrat, *Actualité Juridique Contrat, Dossier*, avr. 2020, p. 164.

³ J. CARBONNIER, *Les obligations*, 18ème éd., PUF, Coll. Thémis, 1994, p. 22.

L'incidence de cette crise illustre parfaitement l'impact global que peut avoir une crise de cette ampleur sur les entreprises et leur environnement juridique et économique. Ainsi, les gouvernements de plusieurs pays ont pris des mesures préventives draconiennes en vue de ralentir sa propagation sur leurs territoires au détriment de leurs économies, en déclarant l'état d'urgence sanitaire, la suspension de toutes liaisons aériennes, maritimes et terrestres avec les autres pays, agrémenté d'un confinement total ou partiel des populations.

La crise sanitaire liée à la pandémie Covid-19 a bouleversé la capacité des entreprises à respecter les engagements et délais contractuels, les projets en cours, leur trésorerie, ...etc.

De même, dans l'objectif d'atténuer les répercussions de cette crise, le législateur marocain ainsi que son homologue français ont mis en place une palette d'outils juridiques qui permet d'appréhender cette situation de crise, citons, entre autres, les actions suivantes : suspendre l'exécution de leurs obligations, rompre une relation commerciale, ou demander à son partenaire commercial une adaptation des termes contractuels initialement convenus, ...etc.

Sur le terrain du droit des contrats, l'une des questions fondamentales posées concerne l'application des notions de force majeure et d'imprévision pouvant justifier, à certaines conditions, et selon qu'un contrat contient ou non certaines clauses, une inexécution, une suspension, ou une révision des contrats. De la sorte que la crise sanitaire pourrait constituer un triste banc d'essai pour la définition de la force majeure et celle de l'imprévision, introduites en droit français par la réforme du droit des contrats réalisée en 2016 et parachevée par la loi du 20 avril 2018.⁴

Dans cette boîte à outils juridique, et au regard du droit comparé, l'enjeu juridique de notre réflexion est d'évaluer le si et le comment cette pandémie du Covid-19 pourrait être appréhendée sous le prisme de la Force majeure et de l'imprévision (**I**) et puis de vérifier l'application de ces règles à l'aune de la pandémie Covid-19 (**II**).

⁴ N. RONTCHEVSKY, « Crise sanitaire, crise économique et gouvernance des sociétés dans la perspective du « monde d'après », Dalloz, avr. 2020, p.70.

I. Le fondement juridique de la force majeure et la théorie de l'imprévision

Les deux institutions – force majeure et l'imprévision - appellent à une étude de leurs règles et contours afin de mieux les assimiler.

Le premier paragraphe est consacré à la force majeure (§.1), le deuxième à la théorie de l'imprévision (§.2).

§.1. Les contours de la force majeure

En vue de définir la force majeure, on se réfère aux dispositions de l'article 269 du dahir des obligations et contrats DOC qui stipule 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. N'est point considéré 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. N'est pas également considérée comme force majeure la cause qui a été occasionnée par une faute précédente du débiteur ».

De ce fait, l'on peut considérer que tout événement empêchant une partie à un contrat d'exécuter ses obligations peut donc être qualifié de force majeure, lorsqu'il présente les caractéristiques suivantes : Imprévisible, Irrésistible et Extérieur.⁵

En droit comparé, la force majeure est défini dans l'article 1218 du code civil français en reprenant les trois critères de l'imprévisibilité de l'événement, logiquement appréciée lors de la conclusion du contrat, de son irrésistibilité vérifiée au moment de l'exécution et de son effet sur le débiteur qui se trouve dans l'impossibilité de s'exécuter : « 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 ».⁶

En droit belge, la force majeure n'est pas définie par le code civil et, par conséquent, il faut se référer à la doctrine et à la jurisprudence pour la contourner. Le juriste Belge P. Van OMMESLAGHE la définit comme étant : « (...) un événement à caractère insurmontable, et selon certains imprévisible, indépendant

⁵ B. JDAINI, « Entreprises : De quelques aspects des risques juridiques à l'heure du COVID 19 », *MAJALA* 24, éd. Fr., juil. 2020, p. 4.

⁶ C. civ., art. 1218.

de toute faute du débiteur, qui empêche ce dernier d'exécuter ses obligations ou de se conformer aux normes exclusives de faute, tout en restant dans les limites de la diligence que l'on peut attendre de lui ».⁷ Ainsi, il considère que la force majeure suppose la réunion de trois conditions cumulatives : l'évènement qui rend l'exécution de l'obligation impossible doit être insurmontable, indépendant de la volonté du débiteur et imprévisible.⁸

Quant à l'extériorité de l'évènement, l'article 269 du DOC marocain donne des exemples qui permettent de dévoiler l'extériorité de la force majeure en évoquant les inondations, la sécheresse, les orages, les incendies, les sauterelles, l'invasion ennemie, le fait du prince, ... Ce sont des événements qui sont extérieurs à la volonté des parties et particulièrement à celle du débiteur.

L'exigence de l'extériorité de l'évènement ou l'indépendance de la volonté du débiteur a été confirmée à maintes reprises par la cour de cassation belge en affirmant que la force majeure ne peut résulter que d'un évènement indépendant de la volonté humaine et que cette volonté n'a pu ni prévoir ni conjurer⁹. En conséquence, il est indispensable d'avoir une absence totale de la participation du débiteur à la survenance de l'évènement qui le met dans l'impossibilité d'accomplir son obligation. Selon Van OMMESLAGHE, « la caractéristique essentielle de la force majeure est de supprimer le caractère fautif du comportement incriminé par le demandeur en responsabilité. En effet, la force majeure commence exactement où cesse la faute. Elle forme donc en quelque sorte le négatif de la faute ».¹⁰

De son côté, le législateur Français, à travers le texte issu de l'ordonnance du 10 février 2016,¹¹ il n'a pas repris le critère de l'extériorité, qui avait déjà été abandonné par la Cour de cassation dix ans plus tôt, pour admettre, au titre des cas de force majeure, la maladie du débiteur dès lors que cette dernière l'a valablement empêché de s'exécuter.¹²

La deuxième condition se rapporte à l'irrésistibilité de la force majeure. L'article 269 du DOC ne donne pas une précision à cet égard, il se contente de

⁷ P. VAN, *Les Obligations*, Traité de droit civil belge, t. II, Vol. 2, éd. Bruylant, 2013, n° 966.

⁸ *Op.cit.*

⁹ Voir en ce sens : Cass., 7 mars 2008, pourvoi n° C.06.0379F/1.

¹⁰ P-V. OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, éd. Bruylant, 21 juin 2010, p. 1382.

¹¹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ratifiée par la Loi n° 2018-287, 20 avril 2018, JO 21 avril 2018.

¹² Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, Bull., n° 5.

mentionner qu'elle rend impossible l'exécution de l'obligation. Le non accomplissement de l'obligation du débiteur est la conséquence du caractère insurmontable de l'événement que le débiteur ne peut vaincre.

En outre, l'événement ne peut être évité, même dans le cas où le débiteur a déployé toutes les diligences nécessaires pour s'en prémunir.¹³

La jurisprudence belge s'est assouplie sur cette question de sorte que, d'après certains auteurs, il faudrait dans certains cas, accepter le caractère insurmontable de l'événement concerné lorsqu'il existe une réelle impossibilité liée à une cause étrangère. Ainsi, afin qu'un événement soit considéré comme insurmontable, il faut que le débiteur –considéré comme tout autre débiteur qui serait dans la même situation– se trouve dans « l'impossibilité d'exécuter les obligations découlant du contrat ». Cette impossibilité pourrait être : matérielle, juridique ou morale.

S'agissant du caractère imprévisible de la force majeure, l'événement doit être raisonnablement imprévisible lors de la conclusion du contrat tel qu'il a été précisé par le DOC.¹⁴ Par conséquent, la pandémie ou les mesures prises par les pouvoirs publics pour la contenir ne seraient pas imprévisibles pour les parties aux contrats signés après le début de la crise. Cette condition de la force majeure est beaucoup débattue en doctrine belge et non retenue par certains auteurs. De même, en droit français, l'exigence des trois conditions de la force majeure est très discutée et a abouti, avec la réforme du droit des contrats en 2016, à reconnaître à l'élément de l'imprévisibilité une certaine autonomie par rapport aux autres éléments.

Le fait que l'événement rend l'exécution simplement plus difficile ou plus onéreuse ne remplit pas cette condition, de sorte qu'il ne pourrait pas alors être fait appel à la force majeure pour justifier l'inexécution de l'obligation. Cette dernière hypothèse relève, en effet, d'une autre notion juridique, qui est celle de la théorie de l'imprévision.

§.2. La théorie de l'imprévision

La théorie de l'imprévision désigne une situation dans laquelle le contrat a été déséquilibré à la suite de la survenance d'un événement qui n'était pas prévu lors de l'échange du consentement. Son application dépend de la réunion de trois conditions cumulatives, à savoir :

¹³ B. JDAINI. *Ibid.* p.4.

¹⁴ *Ibid.*

- En premier lieu, l'existence d'une cause qui correspond à un changement de circonstances imprévisibles et qui peut être de toute nature. Ainsi, le critère de l'imprévisibilité sera apprécié *in concreto* par le juge qui sera amené à rechercher si ce changement de circonstances opéré était prévisible du point de vue de la profession concernée au moment de la formation du contrat ;
- La seconde condition est l'existence d'un effet qui rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie n'avait pas accepté dont l'assumé le risque au départ. Le critère de l'excessivité sera apprécié par le juge dans la mesure où il est amené à rechercher s'il existe un déséquilibre dans le contrat à cause du changement de circonstances qui est devenu ruineux pour la partie affectée par ledit changement ;
- La dernière condition est l'échec de la résolution amiable du conflit en amont, ce qui donne lieu à une immixtion du juge pour statuer sur l'imprévision.

Le législateur Marocain n'a pas pris en compte la théorie de l'imprévision, il reste muet à son sujet, en application du principe la force obligatoire du contrat qui gouverne la théorie générale du droit contractuel,¹⁵ posé et régi par l'article 230 du DOC selon lequel : « Les obligations contractuelles valablement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Ce principe est un rappel de l'adage latin « *Pacta sunt servanda* » qui souligne l'obligation pour chaque partie à un contrat de respecter ses engagements, et pour les tiers, notamment le juge,¹⁶ de ne pas s'ingérer dans les affaires d'autrui. Ainsi, aucune disposition légale ne prévoit la révision du contrat en cas de survenance d'un événement se caractérisant par son aspect imprévisible.

De son côté, la révision du contrat pour imprévision est rejetée en droit belge, compte tenu du manquement de fondement légal autonome. Néanmoins, la doctrine belge défend cette théorie.¹⁷

Pour d'aucuns, « C'est des eaux calmes d'un canal qu'a surgi, il y a maintenant [cent quarante-quatre ans], un des plus beaux serpents de mer du droit privé français : la théorie de l'imprévision. Celle-ci propose que soit reconnu au juge un pouvoir de modification du contenu contractuel lorsque des circons-

¹⁵ V-O. AZZIMAN, *Le contrat*, vol. 1, éd. Le Fennec, Casablanca, 1995, p. 45

¹⁶ V-A. CHERKAOUI, *Le Rôle du juge dans le rééquilibrage contractuel*, éd. Dar al Qalam, Rabat, 2008, p. 25

¹⁷ D. PHILIPPE, « Le juge et la révision du contrat : le bouleversement de l'économie contractuelle », *in* *Le juge et le contrat / De rol van de rechter in hetcontract*, die Keure, la Charte, 2014, pp. 11 et s., version française.

tances imprévisibles en ont bouleversé l'économie au point de rendre son exécution extraordinairement onéreuse ». ¹⁸ D'inspiration solidariste, l'admission de la révision pour imprévision en droit français constitue une innovation majeure. En effet, depuis le célèbre arrêt du 6 mars 1876, dit « Canal de Craponne », ¹⁹ la jurisprudence a toujours refusée d'admettre la révision pour imprévision. Pourtant le Conseil d'Etat l'avait appliqué dans l'affaire connue sous le nom de Gaz de Bordeaux. ²⁰

L'admission de la théorie de la révision du contrat pour imprévision en droit français a fait l'objet d'un débat approfondi et de large portée. Il était illogique au début d'exiger d'exécuter littéralement les termes du contrat alors que les circonstances n'étaient plus celles qui avaient présidé à sa conclusion, surtout lorsqu'il y a un bouleversement de l'économie du contrat au point que son exécution fut devenue excessivement onéreuse pour l'une des parties. ²¹ Cela paraît contraire au principe général de l'exécution de bonne foi des contrats qui prohibe l'abus d'un droit résultant du contrat, notamment lorsqu'un événement rend le contrat ruineux pour l'une des parties ou, du moins, l'expose à des difficultés sérieuses.

Si les parties sont tenues d'exécuter les conventions de bonne foi, il découlerait de cette exigence une obligation de renégociation du contrat en cas de bouleversement des circonstances économiques. Il ne s'agit pas d'imposer au cocontractant une modification qu'il n'aurait pas acceptée, il est seulement question de l'inviter à discuter de l'adaptation des termes du contrat aux nouvelles circonstances économiques portant atteinte à l'équilibre contractuel, alors même qu'il a été initialement voulu par les parties. Il s'agit ici d'une certaine forme de solidarité sociale en raison des circonstances économiques et sociales résultant d'une crise, à l'image de la crise provoquée par la pandémie Covid-19.

En effet, la théorie de la révision du contrat pour imprévision a été introduite par l'article 1195 du code civil Français qui stipule que : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun

¹⁸ P. STOFFEL-MUNCK, *Regard sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, éd. PUAM, 1994, p.77.

¹⁹ Cass. Civ., 6 Mars 1876, D.P. 1876, 1, p. 193, note A. GIBOULOT.

²⁰ C.E., 30 Mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, note. M. HAURIUO, Sirey 1916, 3, p. 17.

²¹ T-H. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, n° 2, Dossier 2016.

accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». Cet article va désormais révolutionner le droit des contrats français, notamment lorsque les éléments constitutifs de la force majeure, et qui ne sont pas simples à réunir, pourrait donner lieu à un recours à la théorie de l'imprévision. Néanmoins, cette théorie de l'imprévision n'en est qu'à ses premiers pas en droit privé et son champ d'application est encore discuté.²² De plus, son application est soumise au pouvoir discrétionnaire du juge qui doit apprécier ses conditions au cas par cas.

La France était l'un des derniers pays à reconnaître cette théorie comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat. C'était une intégration particulièrement nette des effets du droit comparé à travers la réforme de 2016, vu que cette théorie a été déjà admise dans d'autres législations, à l'instar du droit italien qui prévoit la possibilité de résoudre le contrat lorsqu'il survient un élément imprévu, par exemple un changement dans les circonstances économiques.²³ Dans la même mesure, l'article 313 du code civil Allemand entrevoit que « lorsqu'il y a eu un grave changement de circonstances après la conclusion du contrat, de sorte que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou du moins ne l'auraient pas conclu dans les mêmes conditions, une adaptation du contrat peut être demandé ».

II. L'application des règles de la force majeure et la théorie de l'imprévision aux contrats exécutés à l'ère de la Covid-19

La crise sanitaire causée par la pandémie Covid 19 constitue-t-elle un cas de force majeure (§. 1) ou bien elle serait l'une des applications de l'imprévision aux droits des contrats (§. 2) exonérant en cas d'inexécution le débiteur de sa responsabilité

§.1. La force majeure et le contrat à l'aune de la pandémie COVID-19

La pandémie Covid-19 constitue une circonstance exceptionnelle, compte tenu de l'ampleur et la gravité de ce phénomène de nature à influencer sur les conditions d'exécution des contrats, ce qui mérite une grande réflexion quant à sa qualification de force majeure.

Une analyse approfondie au cas par cas est indispensable pour déterminer si la pandémie de Covid-19, ou les mesures prises par les gouvernements afin de la

²² A. ADELIN, « L'introduction en droit privé français du principe de révision des contrats pour imprévision », *La Revue*, 19 juill. 2016, p.12

²³ C. civ., art. 1467.

contenir, pourraient donner lieu à un cas de force majeure exonérant les co-contractants de leurs responsabilités contractuelles, en aménageant l'exécution des obligations ou carrément la cessation du contrat sans dommages-intérêts.²⁴

En France, historiquement, le pays a connu des maladies et des épidémies²⁵ ayant été la cause de plusieurs recours à la justice. Pourtant, la jurisprudence française demeure encline à reconnaître les épidémies comme des cas de force majeure, surtout qu'une épidémie n'est pas nécessairement ni automatiquement qualifiée de force majeure,²⁶ et c'est précisément en raison de l'absence d'imprévisibilité que la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion a écarté la qualification de force majeure en présence d'une épidémie de Chikingunya ; celle-ci ayant débuté avant la signature du contrat en question.²⁷ Dans cette même perspective, la cour d'appel de Basse-Terre, a retenu que l'épidémie de Chikingunya 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.²⁸

Dans un autre arrêt rendu le 22 novembre 2010, la Cour d'Appel de Nancy s'était prononcée sur le cas de l'épidémie de la Dengue en Martinique, dans lequel elle avait écarté la notion de force majeure au motif que cette épidémie était devenue récurrente et, par conséquent, prévisible. Elle n'est plus irrésistible, au vu des mesures de protection individuelle qui peuvent être mises en place, des symptômes, « forte fièvre accompagnée de maux de tête, de courbatures et d'asthénie pouvant durer plusieurs semaines » et de l'absence de complications dans la majorité des cas.²⁹

De son côté, la cour d'appel de Paris, appelée à juger d'un cas de voyage en raison d'une épidémie de peste dans une région voisine d'une escale prévue, a refusé la qualification de force majeure, en soulignant que :

²⁴ K. SAJIDE, « L'exécution du contrat à l'épreuve du Covid-19 », *Village de la justice*, 15 avr. 2021, consulté le 30 mai 2022 à 00h : URL : <https://www.village-justice.com/articles/execution-contrat-epreuve-covid,36114.html#:~:text=En%20effet%2C%20la%20Covid%2D19,du%20cas%20de%20force%20majeure.>

²⁵ P. GUIOMARD, « La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts », *D.*, 4 mars 2020.

²⁶ L. LANDIVAUX, « Contrats et Coronavirus : un cas de force majeure ? », *D. Actualité*, 20 mars, 2020, consulté le 23 mai 2022 à 12h, URL : <https://www.dalloz-actualite.fr/node/contrats-et-coronavirus-un-cas-de-force-majeure-ca-depend#.YrC4-yfMJPY>

²⁷ CA. Saint-Denis de La Réunion, n°08/02114.

²⁸ CA Basse-Terre, 17 déc. 2018, n° 17/00739.

²⁹ CA NANCY, 1^{re} chambre civile, n° 09/00003.

« L'épidémie ne présentait aucun caractère de certitude ou de gravité suffisante, qu'aucune consigne n'avait été donnée aux compagnies aériennes ou aux agences de voyages pour éviter la région en cause, et qu'en tout état de cause la protection contre un risque de contagion pouvait être assurée par la prise d'un traitement antibiotique préventif et qu'un médecin accompagnait le groupe de voyageurs ». ³⁰

Dans un autre arrêt rendu le 8 janvier 2014, la cour d'appel de Besançon a écarté la qualification de force majeure en présence d'une épidémie de grippe H1N1, dès lors que ladite épidémie avait été « largement annoncée et prévue, avant même la mise en œuvre de la réglementation sanitaire ».

La cour d'appel de Paris, en statuant sur l'impact de l'épidémie de virus Ebola, a écarté la qualification de force majeure, mais a retenu qu'il n'existait pas de lien de cause à effet entre cette épidémie et la prétendue d'exécuter l'obligation contractuelle. Ainsi, elle a affirmé que « le caractère avéré de l'épidémie qui a frappé l'Afrique de l'Ouest à partir du mois de décembre 2013, même à la considérer comme un cas de force majeure, ne suffit pas à établir automatiquement que la baisse ou l'absence de trésorerie invoquée par la société appelante lui serait imputable, faute d'éléments comptables ». ³¹ De même, dans un autre arrêt rendu le 29 mars 2016, elle s'est abstenue à retenir, à nouveau s'agissant de l'épidémie du virus Ebola, la qualification de force majeure, et a affirmé que « la propagation du virus Ebola en Afrique de l'Ouest et la présence du djihadisme au Sénégal ne rendent pas l'exécution des obligations du preneur impossible ». ³²

En matière contractuelle, et dans le contexte de l'objet de cet article, la jurisprudence a reconnu que la pandémie covid-19 et les restrictions sanitaires qui en ont découlé constituaient un cas de force majeure pouvant servir de motif pour ne pas remplir ses obligations contractuelles. Ainsi, dans un arrêt rendu par la cour d'appel du Québec le 21 décembre 2021, le juge a rappelé que la fermeture de la frontière entre le Canada et les États-Unis, en mars 2020, en raison de la pandémie de la COVID-19, constituait une situation de force majeure. L'organisateur du voyage a été empêché de fournir sa prestation et les demandeurs étaient en droit de refuser de reporter leur voyage. Les services qu'ils avaient achetés devaient leur être fournis à des dates précises qui étaient alors révolues. Ils n'avaient pas l'obligation de s'engager à les recevoir plus tard

³⁰ CA Paris, 25 sept. 1998, n° 96/08159.

³¹ CA Paris, 17 mars 2016, n° 15/04263.

³² CA Paris, 25 sept. 1998, n° 96/08159.

uniquement pour accommoder l'organisateur. Ils ont donc obtenu le remboursement du prix qu'ils avaient payé.

De même, dans un autre arrêt rendu par la même cour le 8 février 2021, le juge a conclu que la pandémie qui avait cours en mars 2020 constituait un cas de force majeure. Air Transat et Transat Tours Canada, qui étaient dans l'impossibilité d'exécuter leurs obligations envers les voyageurs, ont dû rembourser le prix payé pour le forfait de voyage. Elles n'ont pas démontré que cette restitution en nature leur aurait causé un inconvénient sérieux.

La pandémie Covid-19 est apparue le 17 novembre 2019 en Asie, particulièrement en Chine à Wuhan, où un cas de malade atteint d'un nouveau coronavirus proche du SRAS.³³ C'est en fait le premier cas de Covid-19 confirmé, et la ville se confinera totalement trois mois plus tard. Face à cette réalité, un débat inéluctable est déclenché autour de son caractère imprévisible du fait que les déclarations officielles de l'état d'urgence sanitaire ont eu lieu dans des dates ultérieures que celle de la déclaration de l'OMS en janvier 2020 qui la proclamait une urgence de santé publique au niveau mondial. Certains pays ont déclaré officiellement l'état d'urgence sanitaire durant le mois de mars 2020, à l'instar du Maroc, la France, la Belgique, entre autres.

Dans un tel contexte, la pandémie de la Covid-19 n'est plus imprévisible depuis les déclarations officielles de l'état d'urgence sanitaire décrété par certains pays, à titre d'exemple :

Au Maroc à partir de la date de la déclaration officielle de l'état sanitaire décrété le 2 mars 2020, et plus particulièrement pour les contrats nationaux, le coronavirus ne sera pas considéré comme un cas de force majeure vu que la pandémie n'étant plus imprévisible et la force majeure ne pourrait trouver un terrain d'application. Ainsi, si la qualification de la force majeure est retenue d'un commun accord des parties, ou le cas échéant par le juge, elle aura par conséquent la suspension ou l'inexécution du contrat en cas d'empêchement temporaire, elle peut aussi provoquer la résolution de plein droit et libère les parties de leurs obligations ou, enfin, exonérer la partie défaillante de tous dommages et intérêts.³⁴

La difficulté est avérée dans les cas de contrats signés entre le 30 janvier 2020 et le 2 mars 2020. Et la question qui se pose est la suivante : A partir de quel moment serait-il possible de considérer que l'événement aurait pu être raisonnablement prévu ?

³³ Syndrome Respiratoire Aigu Sévère.

³⁴ B. JDAINI, *ibid*, p. 4.

Cette condition « temporelle » devrait aussi être considérée comme remplie si le contrat a été conclu avant l'apparition de la Covid-19, ou à tout le moins avant l'information du public quant à l'ampleur qu'elle pouvait prendre. La date exacte à prendre en compte pour apprécier l'imprévisibilité pourra être délicate à fixer. Sans doute ne faut-il pas envisager les premiers cas apparus en Chine, mais plutôt le moment auquel à la fois l'existence et l'ampleur de l'épidémie ont été portés à la connaissance des contractants, ou qu'ils ne pouvaient l'ignorer.³⁵

Néanmoins, en tant qu'élément extérieur, la maladie peut, en principe, être considérée comme un cas de force majeure pour le débiteur d'une obligation, dès lors que cette dernière l'a valablement empêché de s'exécuter, au motif que c'est un événement indépendant de sa volonté³⁶. Quant à la Covid-19 particulièrement, l'appréciation est laissée au pouvoir discrétionnaire du juge qui sera amené à faire une étude au cas par cas, dans la mesure où certaines personnes positives à la Covid-19 sont asymptomatiques. Dans ce sens, la cour d'appel de Colmar, par un arrêt rendu le 12 Mars 2020 statuant en matière de droit des étrangers, a qualifié certaines conséquences imposées par la pandémie de la Covid-19 comme relevant de la force majeure.³⁷ L'appelant, un étranger faisant l'objet d'une mesure de rétention administrative en France, n'avait pu se présenter à l'audience d'appel en raison d'une suspicion d'infection au coronavirus. La cour d'appel de Colmar, en raison de ces circonstances qu'elle qualifie « d'exceptionnelles », relève que l'incapacité de statuer en présence de l'appelant revêt les caractères d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité de la force majeure, en précisant que le « délai imposé pour statuer ne permettait pas d'escorter l'appelant de façon à s'assurer de l'absence de risque de contagion d'une part et que le CRA ne disposait pas du matériel qui aurait rendu possible la tenue de l'audience par visioconférence d'autre part ».³⁸

S'agissant de l'irrésistibilité de la Covid-19, ce caractère s'apprécie évidemment dans la mesure où les Etats cherchent à lutter contre un virus dont la propagation demeure irrésistible, sans parvenir à l'éradiquer. Il semble bien qu'il soit hors du contrôle de simples contractants.³⁹

³⁵ J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de Coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *Chron. 611*, Dalloz, 2020.

³⁶ Cass. ass. Plén., 14 avr 2006, n°02-11.168, Bull. ass. Plén., n°5.

³⁷ CA., 6ème chambre, n°20/01098.

³⁸ CA Colmar, 12 mars 2020, n°20/01098.

³⁹ V-P. ANATOMATEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préf. B. TEYSSIE, n° 49, LGDJ, 1992.

Force est de constater, enfin, que l'ampleur de la pandémie COVID 19 et les mesures strictes et sans précédent ordonnées par les différentes autorités marocaines et étrangères, ainsi que les déclarations de l'OMS, pourraient constituer des arguments solides pour soutenir que la pandémie actuelle est constitutive d'un événement de force majeure.⁴⁰ Néanmoins, on se demanderait bien si certaines mesures prises par les gouvernements dans la lutte contre la propagation de la pandémie covid-19 n'ont pas rendu l'exécution des contrats impossible, en limitant et interdisant les rassemblements et déplacements de personnes, ce qui s'apparente au fait du prince.

De surcroît, le 28 février 2020 en France, le ministre de l'économie qualifiant de force majeure la situation pour les contrats publics, et, par conséquent, l'Etat s'engage à s'abstenir à appliquer des pénalités de retard pour les cocontractants faisant partie de ces contrats.⁴¹ En revanche, cette déclaration ne vaut pas pour les contrats entre personnes de droit privé. C'est ainsi qu'il n'y a aucune automaticité de l'application de la force majeure ; son application est laissée à l'appréciation du juge compétent.

L'activation des règles régissant la force majeure en application au droit des contrats au cas de la pandémie Covid-19 ne pose pas enfin autant de difficultés particulières. Cependant, cela ne va pas de soi en appliquant la théorie d'imprévision sur ladite pandémie, rendant simplement plus difficile ou onéreuse l'exécution du contrat par le débiteur.

§.2. La théorie de l'imprévision à l'épreuve de la pandémie Covid-19

La propagation de la pandémie Covid-19 a rendu difficilement l'exécution des obligations, ce qui donne lieu à la possibilité de renégocier les termes du contrat, notamment ceux ayant été conclu avant l'apparition de la pandémie et ce, sur le fondement de la révision pour imprévision.

La révision du contrat pour imprévision est conditionnée par la survenance d'un événement imprévisible pour les cocontractants, à l'instar de la pandémie de Covid-19, et à la suite de laquelle il y aurait un changement de circonstances susceptible d'entraver l'exécution du contrat.

En effet, l'évolution progressive de la situation, depuis l'apparition des premiers cas de covid-19 en chine, prend tout son sens, pour autant que le caractère pro-

⁴⁰ B. JDAINI, *ibid*, p.4.

⁴¹ V. en ce sens l'ordonnance n° 2020-538 du 7 mai 2020 relative aux conditions financières de résolution de certains contrats en cas de force majeure dans les secteurs de la culture et du sport, JORF n°0113 du 8 mai 2020.

gressif du changement ne soit pas une entrave à la reconnaissance d'un cas d'imprévision. Le changement est susceptible d'être appliqué à une pluralité d'hypothèses, tenant par exemple à un changement de circonstances de nature économique, juridique ou encore politique.⁴²

Dès que le débiteur se trouve en défaillance, il serait injuste de l'obliger à exécuter son obligation en refusant sciemment la révision du contrat. Celui-ci pourrait être bénéfique pour l'autre partie qui tirera profit de la défaillance de son cocontractant et qui pourrait être de mauvaise foi, ce qui constitue une violation des termes de l'article 231 du DOC⁴³ qui prévoit que : « Tout engagement doit être exécuté de bonne foi et oblige, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature. »

En l'absence d'aménagement contractuel, le cocontractant, qui entend se prévaloir de la révision pour imprévision, devra démontrer que l'exécution du contrat a été rendue excessivement onéreuse par la pandémie Covid-19 ou ses conséquences.⁴⁴ Jusqu'à présent, il n'y a aucune interprétation jurisprudentielle de l'expression « excessivement onéreuse ». Pourtant, cette condition est moins exigeante par rapport à celle relative à la force majeure, dans la mesure où cette dernière rend l'exécution du contrat totalement impossible.

À cet égard, on se demande si la propagation de la pandémie Covid-19 et les décisions gouvernementales qui ont suivi constituent-elles un changement de circonstances imprévisible pouvant avoir comme conséquence de rendre l'exécution du contrat excessivement onéreuse ? Une appréciation *in concerto* du juge doit avoir lieu et doit être liée aux circonstances survenues.

Durant la période post confinement, et en application de la théorie de l'imprévision, l'exécution du contrat est possible quoique difficile. La doctrine belge précise à cet égard que « l'impossibilité d'exécution doit s'apprécier de manière raisonnable et humaine, non plus *in abstracto*, mais en fonction de l'économie globale de l'obligation en cause et du degré de diligence incombant à celui dont la responsabilité est recherchée ».⁴⁵

⁴² T. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, 373, éd. Spéciale n° 10, 2016.

⁴³ K. SAJIDE, « L'exécution du contrat à l'épreuve du Covid-19 », *préc.*

⁴⁴ M. FABRE, « Covid-19 et révision pour imprévision », *Droit - Actualité du droit, Affiches Parisiennes*, 5 mai 2020, p. 1 et s.

⁴⁵ P. WERY, « La théorie générale du contrat », *Rép.not.*, t. IV, n° 564, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 6.

De son côté, L'Espagne est un des derniers pays européens à ne pas avoir régulé la théorie de l'imprévision, qui permet au juge de modifier les dispositions contractuelles liant les parties lorsque survient une situation remettant en cause de manière significative l'équilibre et la finalité du contrat. Comme en France avant son inclusion dans le Code civil à l'occasion de la dernière réforme du droit des obligations en 2016, cette théorie était utilisée jusqu'alors de manière parcimonieuse par la jurisprudence espagnole.

Cet état de fait n'a pas empêché le juge espagnol de recourir à la théorie de l'imprévision comme outil permettant à un cocontractant de demander la renégociation des conditions de son contrat lorsqu'il se retrouvait en difficulté pour exécuter ses obligations à cause de la pandémie Covid-19.

En effet, dans l'affaire de Saragosse,⁴⁶ c'est un franchisé qui demandait au tribunal d'empêcher le franchiseur, une société du groupe Adidas, d'exécuter les garanties qui avaient été octroyées à cette dernière pour sécuriser les paiements dus par le franchisé dans le cadre du contrat de franchise. Les magistrats, dans une décision très succincte, ont estimé « qu'il est plus que probable que la situation économique dérivant des mesures de fermeture des établissements ouverts au public ait eu une incidence notoire sur le développement de la relation contractuelle des parties, qui est une relation synallagmatique ». Ils ont aussi considéré que l'exécution des garanties par le franchiseur (qui avait annoncé au franchisé son intention de procéder à cette exécution, du fait de désaccords antérieurs à la crise) pouvait mettre en péril la poursuite de l'activité du franchisé. Dans leur décision, les juges font référence à la jurisprudence du Tribunal Suprême espagnol qui autorise l'application de la théorie de l'imprévision « lorsque l'altération des circonstances (...) est d'une telle magnitude qu'elle augmente de manière significative le risque de non-atteinte de l'objectif du contrat ». Ils considèrent par ailleurs que la crise du Covid-19 crée un « principe probatoire favorable » pour les demandeurs, basé sur la théorie de l'imprévision mais aussi sur le principe général de la bonne foi dans l'exécution des contrats.

Conclusion

Le droit des contrats a vu des règles que l'on croyait désuètes ressurgir. Ainsi, d'aucuns ont préféré appliquer les règles de la force majeure sur les contrats en cours d'exécution pendant la pandémie. La théorie de l'imprévision a eu également sa contribution aux solutions proposées d'autant plus que le législateur français la mise en exergue. La différence entre les deux notions repose sur le fait que les deux notions ont en commun l'imprévisibilité de la survenance d'un

⁴⁶ https://e-justice.europa.eu/13/FR/national_case_law?SPAIN&member=1

événement postérieur à la conclusion d'un contrat, mais elles se distinguent en ce que la force majeure rend impossible l'exécution du contrat tandis que l'imprévision la rend excessivement onéreuse. Ainsi, si l'exécution des obligations résultant du contrat n'a pas été rendue impossible mais seulement plus onéreuse, la force majeure ne pourra pas être invoquée.

Bibliographie

I. Ouvrages

- Ouvrages généraux :

- AZZIMAN (V-O.), *Le contrat*, vol. 1, éd. Le Fennec, Casablanca, 1995.
- CARBONNIER (J.), *Les obligations*, 18^{ème} éd., PUF, Coll. Thémis, 1994.
- OMMESLAGHE (P-V.), *Droit des obligations*, éd. Bruylant, 21 juin 2010.
- WERY (P.), *La théorie générale du contrat*, t. IV, n° 564, Larcier, Bruxelles, 2010.

- Ouvrages spéciaux :

- CHERKAOUI (V-A.), *Le Rôle du juge dans le rééquilibrage contractuel*, éd. Dar al Qalam, Rabat, 2008.
- STOFFEL-MUNCK (P.), *Regard sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, éd. PUAM, 1994
- VAN (P.), *Les Obligations*, Traité de droit civil belge, t. II, Vol. 2, éd. Bruylant, 2013, n° 966.

II. Articles, contributions et rapports

- ADELIN (A.), « L'introduction en droit privé français du principe de révision des contrats pour imprévision », *La Revue*, 19 juill. 2016.
- ANATOMATEI (V-P.), « Contribution à l'étude de la force majeure », préf. B. TEYSSIE, n° 49, LGDJ, 1992.
- FABRE (M.), « Covid-19 et révision pour imprévision », *Droit - Actualité du droit, Affiches Parisiennes*, 5 mai 2020.

- GUIOMARD (P.), « La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts », *D.*, 4 mars 2020.
- HEINICH (J.), « L'incidence de l'épidémie de Coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *Chron. 611*, *D.*, 2020.
- JDAINI (B.), « Entreprises : De quelques aspects des risques juridiques à l'heure du COVID 19 », *MAJALA 24*, éd. Fr., juil. 2020.
- LANDIVAUX (L.), « Contrats et Coronavirus : un cas de force majeure ? », *D. Actualité*, 20 mars, 2020.
- MEKKI (M.), « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », in *Covid-19 et contrat, Actualité Juridique Contrat*, Avril 2020
- PHILIPPE (D.), « Le juge et la révision du contrat : le bouleversement de l'économie contractuelle », in *Le juge et le contrat / De rol van de rechter in het contract, die Keure, la Charte*, 2014.
- REVET (T.), « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, 373, éd. Spéciale n° 10, 2016.
- REVET (T-H.), « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, n° 2, Dossier 2016.
- RONTCHEVSKY (N.), « Crise sanitaire, crise économique et gouvernance des sociétés dans la perspective du « monde d'après » », *D.*, Avr. 2020

III. Jurisprudences

- Cass., 7 mars 2008, pourvoi n° C.06.0379F/1.
- Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, Bull., n° 5.
- C. civ., art. 1218.
- CA. Saint-Denis de La Réunion, n°08/02114.
- C. civ., art. 1467.
- Cass. Civ., 6 Mars 1876, D.P. 1876, 1, p. 193, note A. GIBOULOT.
- CA Basse-Terre, 17 déc. 2018, n° 17/00739.
- CA NANCY, 1^{re} chambre civile, n° 09/00003.
- CA Paris, 25 sept. 1998, n° 96/08159.
- CA Paris, 17 mars 2016, n° 15/04263.
- CA Paris, 25 sept. 1998, n° 96/08159.
- Cass. ass. Plén., 14 avr 2006, n°02-11.168, Bull. ass. Plén., n°5.
- CA., 6^{ème} chambre, n°20/01098.
- CA Colmar, 12 mars 2020, n°20/01098.

IV. Webographie

- <https://www.village-justice.com/articles/execution-contrat-epreuve-covid,36114.html#:~:text=En%20effet%2C%20la%20Covid%2D19,du%20cas%20de%20force%20majeure.>
- <https://www.dalloz-actualite.fr/node/contrats-et-coronavirus-un-cas-de-force-majeure-ca-depend#.YrC4-yfMJPY>
- https://e-justice.europa.eu/13/FR/national_case_law?SPAIN&member=1



INSTITUTO SUPERIOR
MANUEL TEIXEIRA GOMES

