



IGF

INTERGOVERNMENTAL FORUM
on Mining, Minerals, Metals and
Sustainable Development

COVID-19
RESPONSE
SERIES



FORCE MAJEURE ET COVID-19 : UNE ARME À DOUBLE TRANCHANT JURIDIQUEMENT RISQUÉE

PRINCIPAUX MESSAGES À L'ATTENTION DES GOUVERNEMENTS

1. Rapprochez-vous des entreprises pour évaluer les situations et les circonstances au cas par cas. Les réponses à court terme et les réponses à moyen ou à long terme peuvent énormément varier. Il est possible de négocier et de mettre en œuvre des solutions globales aux problèmes de court terme sans préjuger de savoir s'il s'agit d'un cas de *force majeure* ou non.
2. Soyez prudents avec l'usage d'arguments à court terme ou conjoncturels en défaveur de la *force majeure*, car vous pourriez vouloir vous prévaloir de la *force majeure* dans le futur pour justifier vos mesures prises contre le COVID-19 en qualifiant la crise de cas de *force majeure*.
3. Pensez à évaluer les risques liés à l'exposition de vos propres mesures à des allégations de rupture de contrat (par ex., maintien des échanges commerciaux ouverts pour la production sur toute la durée d'un contrat) ou de non-respect des obligations au titre de traités d'investissement.

Les impacts sanitaires et économiques du COVID-19 surpassent par leur ampleur et leur sévérité ceux de n'importe quel événement non militaire depuis la Grande Dépression des années 1930. La pandémie virale et les mesures gouvernementales y afférentes sont étroitement liées au point d'en constituer en un événement singulier qui ne peut être désagrégé facilement ou de manière simpliste à des fins juridiques. Ces deux composantes d'une portée et d'une ampleur sans précédent poseront des défis aux entreprises et aux gouvernements désireux de gérer les impacts du virus et aux mesures gouvernementales mises en place dans le monde entier pour y faire face.

Une question s'est rapidement posée, à savoir si le COVID-19 constitue un cas de *force majeure* en vertu du droit national ou international.

La notion de *force majeure* est relativement aisée à comprendre : il s'agit d'un événement échappant au contrôle d'une entité individuelle et dont l'ampleur et les répercussions sont telles qu'elles rendent l'exécution des obligations de ladite entité (commerciale ou gouvernementale) impossible à réaliser comme prévu. Cela peut avoir trait au calendrier d'exécution de ces obligations ou à l'impossibilité de s'acquitter de certains types d'obligations dans le futur. Cette incapacité d'exécution peut être permanente



dans certains cas, ou temporaire dans d'autres, selon les circonstances. Concrètement, le concept de *force majeure* donne aux entités affectées la possibilité d'interrompre l'exécution de leurs obligations sans encourir de pénalités financières imposées par l'autre partie, puisque le motif invoqué relève d'une situation majeure qui échappe à leur contrôle.

La Chine a déclaré que le COVID-19 constituait un cas de *force majeure* qui devait s'appliquer à de nombreux contrats commerciaux signés par ses entreprises, vraisemblablement pour les soustraire aux réclamations d'entreprises étrangères pour non-livraison de produits ou manquement aux contrats d'achats de produits. D'autres gouvernements et de nombreuses entreprises étudient la possibilité d'invoquer la *force majeure*.

Les gouvernements sont confrontés à une difficulté particulière puisqu'ils devront assumer des réclamations de *force majeure* émanant d'entreprises dans l'impossibilité de poursuivre leurs opérations alors même qu'ils formuleront des requêtes juridiques similaires pour [défendre les mesures qu'ils auront prises en réponse au COVID-19](#). Cette ligne de défense adoptée par les gouvernements pourrait intervenir dans les litiges contractuels ou dans le cadre de différends entre investisseurs et États (RDIE) engagés par des investisseurs au titre des traités d'investissement internationaux¹. **Pour de nombreux gouvernements, la *force majeure* représente une arme à double tranchant : les entreprises revendiqueront la *force majeure* pour s'affranchir de certaines obligations à l'égard des gouvernements, et les gouvernements feront de même pour se décharger de certaines obligations vis-à-vis des entreprises privées.**

¹Nous ne prétendons pas ici que les mesures prises par les gouvernements pour faire face au COVID-19 constitueront en soi un manquement à leurs obligations contractuelles ou conventionnelles, mais simplement que les gouvernements devraient éviter d'opposer des arguments conjoncturels à la *force majeure* invoquée en cas de manquement obligatoire, car ils pourraient tout à fait faire valoir ces mêmes arguments dans un an ou deux en défense des mesures adoptées.

Cette ramification de la *force majeure* représente un véritable casse-tête pour les gouvernements. De nombreuses multinationales ont dû interrompre leurs opérations ou procéder à des ajustements majeurs. Dans certains cas, les raisons étaient immédiatement sanitaires : incompatibilité entre la gestion de certaines opérations et la nécessité de protéger les employés du COVID-19. Dans d'autres, les cessations d'activité étaient imposées par les mesures gouvernementales. Et dans d'autres cas encore, les réponses mises en place par des gouvernements extérieurs à la juridiction d'une entreprise ont pu interrompre des chaînes d'approvisionnement essentielles ou provoquer l'effondrement ou le blocage des marchés de produits à la suite de perturbations des réseaux de transport. Le point essentiel à retenir est que les gouvernements et les entreprises invoqueront tous la *force majeure* pour justifier les mesures prises par rapport aux impacts sanitaires éventuels du COVID-19 et aux répercussions économiques associées à la lutte contre le virus. Ces deux aspects sont désormais si étroitement liés qu'ils sont inséparables.

La question de savoir si un contrat ou un traité admet l'invocation de la *force majeure* pour atténuer la responsabilité de tout préjudice dépendra de chaque cas. Certaines clauses de *force majeure* incluent expressément les épidémies ou les pandémies. D'autres non, mais s'appuieront sur les interprétations du principe de *force majeure* figurant dans le droit public. Concernant le COVID-19, il apparaît clairement que la condition de *force majeure* sera très étroitement liée à des considérations sanitaires et économiques, de sorte que les critères limitant la *force majeure* aux tremblements de terre, aux typhons ou à d'autres événements similaires ne pourront pas être retenus. Autrement dit, nous nous trouvons en terrain inconnu, où la distinction entre les événements naturels de *force majeure* et les agissements de l'humanité s'avère difficile.



QUE DEVRAIENT FAIRE LES GOUVERNEMENTS ?

1. **Se rapprocher des entreprises pour évaluer les situations et les circonstances au cas par cas.** Les réponses à court terme et les réponses à moyen ou long terme peuvent énormément varier. Il est possible de négocier et de mettre en œuvre des solutions globales aux problèmes à court terme sans préjuger de savoir s'il s'agit d'un cas de *force majeure* ou non.
2. **Éviter les arguments à court terme ou conjoncturels en défaveur de la *force majeure*, sachant qu'un gouvernement pourrait devoir recourir au principe de *force majeure* pour justifier ses actions ou ses omissions.** Certains gouvernements craignent que les entreprises ne profitent de la situation du COVID-19 et ne revendiquent la *force majeure* comme prétexte pour se soustraire à des obligations contractuelles de longue durée qu'elles cherchaient déjà à contourner avant la crise du COVID-19. Cela ne signifie pas pour autant que le principe de *force majeure* n'est pas applicable à titre temporaire. Il est important à cet égard de faire la distinction entre les enjeux à court terme et les problèmes à moyen et à long terme.
3. **Procéder à une évaluation des risques liés à l'exposition des mesures gouvernementales à des allégations de rupture de contrat (par ex., maintien des échanges commerciaux ouverts pour la production sur toute la durée d'un contrat) ou de non-respect des obligations au titre de traités d'investissement.** Une analyse des contrats et des traités d'investissement existants, ainsi que de leurs clauses, aidera les gouvernements à mieux évaluer leur responsabilité juridique. Dans la mesure où des cabinets d'avocats et des tiers financeurs de litiges envisagent déjà la possibilité d'engager des poursuites contre les États, la plupart des gouvernements seront confrontés à un certain nombre de réclamations émanant d'entreprises, qui estimeront que les mesures liées à la crise du COVID-19 sont contraires aux obligations contractuelles et internationales du gouvernement.

Il est possible de négocier des solutions de court terme avec les entreprises sans se préoccuper des interprétations juridiques du principe de *force majeure* ou d'autres questions. Les solutions et les négociations à court terme pourront se faire « sans préjudice » de ces questions. Mais il sera essentiel de séparer les enjeux immédiats des problèmes de plus long terme.

Pour conforter cette approche prudente, les gouvernements devront pour l'instant éviter toute déclaration officielle sur la notion de *force majeure*, sa signification et son application. Pour communiquer avec les entreprises, ils devront également recourir à des techniques telles que des lettres avec la mention « sans préjudice » afin d'éviter de se retrouver liés par des arguments à caractère général en décalage par rapport à des situations généralement très spécifiques. Les équipes juridiques des gouvernements devront soigneusement examiner les communications publiques ou privées sur ces questions en vue d'éviter tout risque de malentendu juridique qui pourrait nuire aux États lors de futures poursuites judiciaires. Ce qui importe à court terme : trouver des solutions pragmatiques à des problèmes immédiats de santé, de sécurité et d'emploi. Les arguments juridiques peuvent, et devraient, être présentés de manière plus précise et plus complète dans les mois qui suivent si des solutions à court terme ne sont pas trouvées.

©2020 International Institute for Sustainable Development

Mai 2020

Écrit par Howard Mann

Pour plus d'informations, veuillez contacter :

220 Laurier Avenue West, Suite 1100
Ottawa, Ontario Canada K1P 5Z9
Email: Secretariat@IGFMining.org



IGF

IGFMining.org
@IGFMining

Secrétariat hébergé par



Secrétariat financé par

Canada