

Mot du juriste – 18.03.20

Coronavirus : un cas de force majeure dans les contrats d'énergie ?

Le mot du juriste de Guy Block, arbitre et avocat aux Barreaux de Bruxelles et de Paris, Janson

La réponse paraît, à priori évidente, et pourtant...

Selon, une définition communément admise, la force majeure est un évènement imprévisible et irrésistible – au moment de la conclusion du contrat – qui empêche l'exécution d'une obligation essentielle du contrat, par exemple, livraison d'électricité, de gaz, de pétrole ou de transport, de distribution d'énergie.

Les cas de force majeure

Les contrats d'énergie contiennent presque toujours une définition ou un renvoi explicite à la force majeure. Certains ajoutent une liste, plus au moins extensive, de circonstances exceptionnelles – indépendantes de la volonté des parties et non maitrisables – dits "assimilés" à des cas de force majeure. Pour les plus chanceux, leur contrat énumère les circonstances d'"épidémie, famine, quarantaine ou peste". Mais ces cas sont rares. Les seuls « virus » repris dans les contrats sont – les « virus informatiques »,... ce qui n'aide guère. Pour les moins chanceux, il conviendra de vérifier si, des circonstances de fait, géographiques, politiques ou épidémiologiques, la partie qui invoque le coronavirus est confrontée à une épidémie ou pandémie, qui l'empêche totalement d'exécuter le contrat (à la différence des clauses de hardship ou d'imprévision qui rendent l'exécution seulement plus onéreuse).

Les lois et réglementations applicables au secteur de l'énergie sont généralement muettes sur ce sujet.

D'où l'attitude de certains pays qui, pour protéger leur ressortissants, délivrent des « certificats de force majeure » ou présentent un décret actant la force majeure. L'intérêt réside dans ce que cette mesure peut être assimilée à un « fait du Prince ». Mais il n'empêche que la charge de la preuve subsiste dans le chef de celui qui l'invoque. Une autre restriction liée à la force majeure, provient de ce que celui qui invoque la force majeure ne doit pas être en défaut d'exécution de ses obligations contractuelles, car, en pareil cas, les contrats excluent le recours à la force majeure. Enfin, le caractère imprévisible s'apprécie « au moment de la conclusion du contrat ». La plus grande prudence s'impose donc pour les contrats conclus actuellement où un risque sérieux ou avéré d'épidémie est connu : en ce cas, les parties pourraient être considérées comme ayant conclu en connaissance de cause et donc du risque.

Les conséquences de la force majeure

La principale conséquence est la suspension des obligations (de livrer, de produire, de transporter, etc.). Mais une lecture attentive du contrat s'impose, car même en cas de force majeure, certaines obligations — souvent liées au paiement d'un terme fixe — restent d'application. Ainsi certaines clauses de « Take or Pay », restent partiellement en vigueur même en cas de force majeure.

Une autre conséquence réside dans l'obligation pour celui qui invoque la clause de force majeure de « dénoncer » rapidement cette situation à l'autre partie selon les termes du contrat. De plus, celui-ci devra prendre toutes les mesures à sa disposition pour minimiser les conséquences négatives dans le chef de l'autre partie. En cas d'épidémie, comment concrètement minimiser les dommages dans le chef de l'autre partie ? La réponse est

tout sauf évidente. La meilleure solution consiste à instaurer un dialogue transparent, immédiat et constructif entre les parties pour trouver des solutions.

Enfin, les contrats prévoient fréquemment qu'à l'issue d'une période de 30 jours, de 2 ou 3 mois de situation de force majeure, les parties peuvent résilier unilatéralement, souvent sans indemnité, le contrat. Ce délai est court, trop court pour une épidémie ou une pandémie telle que celle provoquée par le coronavirus.

Il est fort à parier que les clauses de force majeure « post-coronavirus » incluront désormais les épidémies, pandémies et prévoiront des délais plus longs avant de pouvoir résilier unilatéralement et sans indemnité les contrats d'énergie.