

Pas plus qu'une simple clause?

Clauses, contrats et leurs impacts générationnels No. 5

Force majeure - préparer l'avenir dès aujourd'hui

Les clauses de force majeure sont des dispositions contractuelles qui autorisent une partie à ne pas remplir ses obligations au contrat en raison de circonstances imprévues, indépendantes de sa volonté, qui l'empêchent d'exécuter ces obligations.

Dans les juridictions de droit civil (par exemple, celles qui s'inspirent du système juridique français), ces protections peuvent être incluses dans la loi. Toutefois, si les parties ont intégré une clause spécifique dans le contrat (ce qui se produit fréquemment dans les contrats d'investissement), il est probable que les dispositions du contrat prévalent. Dans les juridictions de common law (par exemple, celles qui s'inspirent du système juridique anglais), l'étendue de la protection est basée sur les termes du contrat.

Ces clauses de force majeure standard suscitent comparativement moins d'attention que les dispositions plus largement discutées telles que la stabilisation et l'arbitrage, qui ont toutes deux fait l'objet de nombreuses publications sur l'équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux de l'État.

Toutefois, l'apparition de la pandémie et les perturbations mondiales qui en ont résulté ont mis en exergue ces clauses souvent négligées. Les parties ont commencé à analyser soigneusement (peut-être pour la première fois) les protections et les exigences figurant dans leurs clauses de force majeure.

Malgré le recul des principales perturbations liées à la pandémie, les gouvernements ne doivent pas baisser la garde lorsqu'ils négocient les clauses de force majeure. Il leur est au contraire recommandé de tenir compte du passé récent et d'un futur potentiellement très incertain.

Le changement climatique et la fréquence accrue des événements météorologiques extrêmes présentent des risques croissants pour les projets d'exploitation minière et leurs activités. La responsabilité de la gestion de ces risques doit être correctement répartie dans le contrat. Les gouvernements devraient exiger des entreprises qu'elles intègrent la résilience climatique dans la conception, la construction et l'exploitation de leurs projets.

Les clauses de force majeure sont un moyen de répartir les risques et d'attribuer les responsabilités en matière de résilience climatique, mais de nombreuses clauses standard ne traitent pas encore de manière adéquate la préparation aux impacts du changement climatique.

Les clauses de force majeure devraient inclure les éléments suivants :

- définition d'un cas de force majeure ;
- exigences en matière d'atténuation, de notification et de recueil de preuves ;
- conséquences du cas de force majeure – p. ex., préciser si les obligations sont simplement suspendues avec prolongation de la durée d'exécution, si une partie peut être totalement exonérée de l'exécution de ses obligations contractuelles ou si la partie peut résilier le contrat ;
- obligations continues – p. ex., préciser que la partie doit satisfaire aux obligations sur lesquelles le cas de force majeure n'a pas d'impact direct, préciser que les obligations de paiement restent en vigueur ou mentionner les éventuelles obligations continues à respecter après la résiliation du contrat si la clause autorise la résiliation dans certaines circonstances.

Au minimum, les gouvernements devraient s'assurer que leurs clauses de force majeure

clarifient tous les points évoqués ci-dessus. Cette analyse particulière se concentrera sur les implications des définitions et des exigences d'atténuation pour la répartition des risques d'impacts climatiques.

Définition

Les clauses de force majeure énumèrent souvent les événements qui constituent des cas de force majeure et comprennent généralement une disposition « fourre-tout » pour les autres événements indépendants de la volonté d'une partie.

Par exemple, la clause de force majeure ci-dessous, extraite d'un contrat d'exploitation minière, comprend la définition (plutôt large) suivante :

Aux fins du présent Accord, les cas de force majeure comprennent les guerres, les insurrections, les troubles civils, les blocus, les émeutes, les embargos, les grèves, les lock-out et autres conflits du travail, les litiges fonciers, les épidémies, les éruptions volcaniques, les tremblements de terre, les cyclones, les inondations, les explosions, les incendies, la foudre, les restrictions gouvernementales, les modifications du droit applicable, l'indisponibilité de matériaux ou d'équipements, le défaut du [gouvernement] ou de l'un de ses ministères, agences ou départements concernés d'accorder ou de délivrer à la Société (en tant que consultant / opérateur) ou aux entrepreneurs ou sous-traitants désignés par la Société (en tant que consultant/opérateur) les autorisations nécessaires pour leur permettre de travailler en/à/au/aux [pays] ou d'importer des équipements en/à/au/aux [pays] ou d'accorder ou de délivrer les permis nécessaires pour permettre aux employés non-[nationalité] de la Société d'entrer en/à/au/aux [pays] et de travailler dans un délai raisonnable et tout autre événement que la Partie qui invoque la force majeure n'aurait raisonnablement pas pu prévoir ou contrôler et qui empêche une Partie de satisfaire à une quelconque des conditions ou dispositions du présent Accord (à condition que [le gouvernement] ne soit pas en droit de notifier la survenance d'un cas de force majeure ni d'être exonéré de l'exécution de ses obligations aux présentes en raison d'une quelconque de ses actions ou inactions ou d'une quelconque des actions ou inactions de ses ministères, agences ou départements concernés).

"Les gouvernements devraient exiger des entreprises qu'elles intègrent la résilience climatique dans la conception, la construction et l'exploitation de leurs projets."

Contrairement à l'exemple de contrat ci-dessus, certaines clauses contractuelles peuvent également exiger que l'événement soit imprévisible. Par exemple, un contrat de l'industrie extractive précise qu'un événement n'est considéré comme un cas de force majeure que si : « il est imprévisible, inévitable et indépendant de la volonté de la Partie qui invoque la force majeure ».

La référence à des conditions météorologiques extrêmes est très courante dans les clauses de force majeure des contrats de l'industrie extractive. J'ai récemment examiné 34 contrats et modèles de contrats pétroliers signés ou émis depuis l'adoption de l'Accord de Paris. Tous ces contrats, à l'exception d'un seul, incluaient des événements météorologiques extrêmes telles que des tempêtes, la foudre ou des inondations comme base pour invoquer la force majeure, mais seuls 12 d'entre eux exigeaient explicitement que l'événement soit imprévisible.

Il est à noter qu'aucun des contrats n'exigeait spécifiquement des entreprises qu'elles se préparent aux événements liés au changement climatique.

Cependant, l'évolution des conditions météorologiques remet aujourd'hui en question le caractère « imprévisible » des événements météorologiques extrêmes. De fait, certains experts signalent explicitement que les événements liés au changement climatique ne sont plus imprévisibles en raison de leur fréquence accrue et de la sophistication croissante des données et modèles climatiques.

Au lieu de cela, les gouvernements devraient exiger que les entreprises intègrent la résilience climatique dans la conception, la construction, les mises à niveau et les opérations des projets en se basant sur des évaluations des risques climatiques. Ils devraient également exiger des entreprises

qu'elles souscrivent une assurance couvrant les événements climatiques. D'autres experts conseillent d'intégrer dans les contrats une définition du caractère « imprévisible » ou de ce qui peut être considéré comme des conditions météorologiques « extrêmes » ou « inhabituelles » en se basant sur des sources de données convenues.

Compte tenu de la fréquence croissante des événements météorologiques extrêmes, il revient aux gouvernements d'inclure des considérations sur le changement climatique dans les contrats, particulièrement au vu de la durée souvent très longue (pouvant s'étendre sur plusieurs décennies) de nombreux contrats extractifs.

La définition ci-dessus du cas de force majeure comprend également « les modifications du droit applicable » et « les restrictions gouvernementales ». Les gouvernements doivent toutefois garder à l'esprit que la modification des éléments inclus dans la législation, particulièrement en combinaison avec des clauses de stabilisation, pourrait nuire à leur capacité à renforcer progressivement les réglementations portant sur l'environnement, le climat, la santé et la sécurité, le travail, etc.

Un contrat extractif que j'ai récemment étudié incluait les réglementations gouvernementales parmi les cas de force majeure lorsque celles-ci entraînent « l'incapacité, pour l'entreprise, de satisfaire à ses obligations en temps opportun ». Il attribuait également au gouvernement la responsabilité pour les coûts qui pourraient en résulter en stipulant que « le gouvernement n'assume aucune responsabilité... pour les éventuels dommages, restrictions ou pertes » résultant d'un cas de force majeure « sauf si le cas de force majeure fait suite à une ordonnance, une réglementation ou une politique du gouvernement, promulguée sous forme de loi ou autrement ».

Les gouvernements doivent donc bien réfléchir avant d'inclure de telles protections dans les contrats, car elles risquent d'augmenter le coût de l'amélioration des réglementations au fil du temps.

Atténuation

Les clauses de force majeure exigent généralement de l'entreprise qu'elle prenne

des mesures pour atténuer les effets de l'événement, et en vertu de la common law anglaise, une partie sera même tenue de le faire. Par exemple :

« La Partie concernée par le cas de force majeure fera tout ce qui est raisonnablement possible pour en éliminer la cause et tenir les autres Parties pleinement informées de la situation et de l'évolution du cas de force majeure et avisera rapidement les autres Parties dès que le cas de force majeure sera terminé et ne l'empêchera plus de respecter ses obligations ou conditions au titre du présent Contrat ».

Il est toutefois tout aussi important pour les gouvernements de préciser que l'entreprise doit prendre des mesures de précaution préalables pour éviter ou atténuer l'impact de l'événement et ne pas se contenter d'en atténuer les effets a posteriori.

Un contrat extractif que j'ai récemment étudié stipule que « si [l'événement] est raisonnablement prévisible, [l'entreprise] doit avoir pris au préalable toutes les précautions raisonnablement appropriées... ».

Un autre contrat extractif définit le cas de force majeure comme tout événement qui « affecte matériellement et négativement l'exécution par ladite Partie concernée de ses obligations en vertu du présent Accord ; à condition, toutefois, qu'un tel effet substantiel et négatif n'ait pas pu être évité [caractères gras ajoutés par nos soins], contre-carré ou corrigé par la Partie concernée en prenant des mesures de diligence raisonnable ».

Une telle obligation de prendre des mesures de précaution devrait être considérée comme complémentaire aux nouvelles définitions de la prévisibilité applicables aux conditions météorologiques extrêmes, ainsi qu'à des exigences de résilience climatique clairement définies.

En bref, la fonction essentielle de répartition des risques des clauses de force majeure ne doit pas être ignorée ou sous-estimée, particulièrement à la lumière de l'évolution des risques et des défis mondiaux. Les gouvernements qui négocient stratégiquement ces clauses seront mieux préparés et plus résilients pendant la durée d'un contrat. ✂



Nicola Woodroffe est analyste juridique senior au Natural Resource Governance Institute. Son travail est axé sur l'assistance technique, le développement des capacités et l'analyse des questions liées à la réforme des lois et des politiques, à la négociation et au suivi des contrats, et aux institutions régissant le secteur extractif. Nicola est titulaire d'un B.A. en économie du Swarthmore College et d'un J.D. de la Harvard Law School. Elle a également été stagiaire juridique auprès du juge en chef adjoint de la Cour suprême du Rwanda.

À noter : L'article ci-dessus présente le point de vue de l'auteur et ne reflète en aucune manière celui de l'Unité d'assistance CONNEX, de son Conseil d'administration, de ses employés ou de ses fondateurs.

Êtes-vous un gouvernement désireux de discuter, à titre confidentiel, des services d'appui à la négociation offerts par CONNEX ? N'hésitez pas à nous contacter...

Richard Dion
Conseiller principal
dion@connex-unit.org

www.connex-unit.org

