

**AVIS JURIDIQUE**

**Pour:** Notre Bon Droit asbl  
**A l'attention de:** [REDACTED]  
**De:** Peter Teerlinck, Raluca Gherghinaru et Alice Asselberghs  
**Objet:** Analyse de la licéité des clauses exonératoires prévues dans les contrats avec les fabricants des vaccins contre la COVID-19 rendus publics par la Commission européenne  
**Date:** 8 mars 2021  
**Statut:** [REDACTED]

**I. OBJET DE L'AVIS**

1. Le présent avis a pour objet d'identifier et d'analyser, à la lumière du droit belge - qui est le droit contractuellement applicable -, les clauses relatives à l'exonération de responsabilité, au sens large, des fabricants de vaccins prévues dans les contrats d'achat anticipé conclus par la Commission européenne avec AstraZeneca, CureVac et Sanofi (les « **Contrats analysés** »). Plus concrètement, le présent avis a pour objet de répondre à la question de savoir si les fabricants de vaccins contre la COVID-19 peuvent se prévaloir, à l'encontre des États membres, des clauses exonératoires prévues dans les Contrats analysés.

**II. RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS**

2. À la lumière du droit belge des obligations, les clauses selon lesquelles les fabricants de vaccins ne garantissent et n'assument aucune responsabilité quant à l'efficacité et à l'absence d'effets indésirables graves devraient, *a priori*, être considérées comme étant illicites. En effet, selon leurs termes, ces clauses ont pour objet d'exonérer les fabricants de leur obligation essentielle (i.e. celle de délivrer et garantir une chose conforme au contrat), mais également – et surtout – de vider le contrat de sa substance et de tout effet utile.

3. En ce qui concerne les clauses d'indemnisation selon lesquelles les États membres (en tant qu'acheteurs du produit) s'engagent à indemniser les fabricants (en tant que vendeurs du produit) pour la (quasi-)totalité des préjudices que les vaccins pourraient causer aux tiers (les personnes vaccinées), celles-ci sont, à première vue, problématiques. En effet, dans la mesure où le poids économique final de la responsabilité civile à l'égard des tiers est, *in fine*, supporté (quasi-) intégralement par les États membres, les fabricants n'ont plus de véritable incitation à délivrer et garantir des vaccins efficaces et sûrs, ce qui revient à vider l'engagement des fabricants de sa substance.

4. Dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, le juge du fond peut toutefois tenir compte des circonstances exceptionnelles relatives à la production des vaccins contre la COVID-19 et de l'économie générale des contrats pour « tempérer » l'illicéité apparente de ces clauses. Il nous semble également possible que le juge déclare les clauses valides si les fabricants arrivent à démontrer qu'au moment de la mise sur le marché des vaccins contre la COVID-19, l'état des

connaissances scientifiques ne leur permettait pas de déceler l'existence d'effets indésirables graves et/ou l'inefficacité des vaccins.

### III. ANALYSE

#### A. Observations liminaires

5. Dans le cadre de la gestion de la pandémie de COVID-19, la Commission européenne a conclu, au nom et pour le compte des États membres, des contrats d'achat anticipé de vaccins par l'intermédiaire de l'instrument d'aide d'urgence<sup>1</sup>. L'objectif de ces contrats d'achat anticipé était de permettre aux États membres d'acheter un nombre défini de doses de vaccins dans un délai déterminé et à un prix établi à l'avance, en contrepartie pour les États membres et l'Union européenne de financer une partie des coûts initiaux supportés par les producteurs de vaccins<sup>2</sup>.

6. À ce jour, la Commission a conclu six contrats d'achat anticipé de vaccins contre la COVID-19 avec des laboratoires<sup>3</sup>. Au moment de la rédaction du présent avis, seuls trois de ces contrats ont été rendus publics - en version non confidentielle - sur le site internet de la Commission européenne. Il s'agit des contrats conclus avec AstraZeneca-Oxford<sup>4</sup>, CureVac et Sanofi-GSK<sup>5</sup>.

7. Ces contrats sont régis par le droit belge et les litiges relatifs à l'interprétation et l'exécution de ces contrats sont soumis à la compétence exclusive des juridictions de Bruxelles<sup>6</sup>.

8. Il est important de souligner que, dans le cadre de notre analyse, nous nous sommes basés sur les versions des contrats telles que publiées sur le site de la Commission européenne, à savoir des versions dont certaines parties ont été occultées. Notre analyse des clauses relatives à la responsabilité ne peut, partant, être considérée à ce stade comme étant exhaustive et définitive.

9. Par ailleurs, nous relevons que les Contrats analysés ne sont pas rédigés dans des termes identiques, ce qui reflète le fait que chaque contrat d'achat anticipé a été négocié individuellement avec chacun des fabricants. Par conséquent, l'analyse doit être nuancée, voire adaptée, en fonction de chaque contrat.

#### B. Les clauses exonératoires en droit belge

10. Nous avons identifié trois principaux types de clauses relatives à la responsabilité, entendue au sens large, des fabricants de vaccins contre la COVID-19 dans les Contrats analysés. Il s'agit **(i)** de clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, **(ii)** de clauses limitatives et exonératoires de garantie et **(iii)** de clauses d'indemnisation. Après une brève présentation du régime juridique applicable à ces clauses, nous en faisons une application *in concreto* dans le cadre des Contrats analysés.

<sup>1</sup> Voir Règlement (UE) 2020/521 du Conseil du 14 avril 2020 portant activation de l'aide d'urgence en vertu du règlement (UE) 2016/369 et modification des dispositions dudit règlement pour tenir compte de la propagation de la COVID-19.

<sup>2</sup> Voir Communication de la Commission européenne « *Stratégie de l'Union européenne concernant les vaccins contre la COVID-19* » du 17 juin 2020, COM(2020), 245 final.

<sup>3</sup> Il s'agit des laboratoires/groupes pharmaceutiques suivants : AstraZeneca-Oxford, Pfizer-BioNtech, Moderna, Sanofi-GSK, Johnson&Johnson et CureVac.

<sup>4</sup> Ci-après dénommée « AstraZeneca ».

<sup>5</sup> Ci-après dénommée « Sanofi ».

<sup>6</sup> Article 18.4 du contrat avec AstraZeneca ; Article 1.21.1 du contrat avec CureVac ; Article 1.11.1 du contrat avec Sanofi.

## 1. Définitions

11. Comme leur nom l'indique, les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité exonèrent ou limitent le droit de l'une des parties à obtenir une réparation complète du préjudice qu'elle a effectivement subi en raison du comportement de l'autre partie.

12. Les clauses exonératoires ou limitatives de garantie sont des clauses qui permettent à l'une des parties de limiter ou de s'exonérer complètement de ses obligations de garantie. Les plus connues sont les clauses de garantie qui portent sur les vices cachés dans un contrat de vente.

13. Les clauses d'indemnisation<sup>7</sup> ne sont pas à proprement parler des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité. Elles procèdent plus simplement à un déplacement du poids économique de la responsabilité de l'un des contractants à l'égard d'un tiers sur l'autre contractant. En effet, par le biais de ces clauses, une partie prend en charge le poids économique final d'une responsabilité civile et s'engage à garantir la personne responsable si celle-ci doit indemniser la victime<sup>8</sup>. Ces clauses ne modifient pas les rapports entre la victime, demanderesse en indemnisation, et la personne responsable. En effet, en vertu du principe de relativité des effets internes des contrats, une telle clause n'exonère pas son bénéficiaire de la responsabilité qu'il encourt envers un tiers (la personne lésée)<sup>9</sup>.

## 2. Considérations générales

14. Le droit belge consacre la validité des trois types de clauses énumérés ci-dessus. Toutefois, ce principe connaît plusieurs exceptions et tempéraments.

15. Dans la mesure où elles dérogent aux conséquences normales de la responsabilité et de la garantie, les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité et de garantie sont d'interprétation stricte, voire restrictive. Ce même principe s'applique aussi aux clauses d'indemnisation<sup>10</sup>. Depuis l'arrêt du 22 mars 1979 de la Cour de cassation<sup>11</sup>, il est, par ailleurs, établi que, si un doute existe sur la portée ou le sens à donner à ce type de clauses, celles-ci doivent s'interpréter dans un sens défavorable à la partie qui en bénéficie.

16. En tout état de cause, ces clauses doivent être interprétées et exécutées à la lumière du principe de bonne foi. Ce principe interdit à une partie d'abuser des droits que lui confèrent un contrat. Elle ne peut ainsi exercer un droit contractuel d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci<sup>12</sup>. Il ressort, par exemple, de la jurisprudence qu'on est en présence d'un abus de droit contractuel lorsqu'une clause exonératoire de responsabilité octroie

<sup>7</sup> Les clauses d'indemnisation sont couramment utilisées dans les contrats internationaux où elles sont appelées « *hold harmless agreements* ». En droit belge, on les rencontre également sous la dénomination de « *pactes de garantie* ».

<sup>8</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome deuxième-sources des obligations, Bruylant, 2013, p. 1736 et s. ; ; M. GOUDEN, « Chapitre 4. Les clauses réciproques d'abandon de recours et de "hold harmless" », *La rédaction des contrats internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 77 et s.

<sup>9</sup> Cass., 7 septembre 1962, *Pas.*, I, p. 32 ; P. WERY, *Droit des obligations*, Volume 2, Larcier, 2016, p. 738 ; A. VAN OEVELEN, « Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen », *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 33.

<sup>10</sup> P. WERY, *ibidem*, p. 738 ; M. GOUDEN, *op. cit.*, p. 85.

<sup>11</sup> Cass., 22 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 863, *R.C.J.B.*, 1981, p. 189, note L. Cornelis.

<sup>12</sup> La prohibition de l'abus de droit trouve dès lors également son fondement dans l'article 1134 al. 3 du Code civil. Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, I, p. 52 ; Cass., 9 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 392. Voy. également P. WERY, *op. cit.*, p. 146 ; T. DELAHAYE, « B. - L'abus de droit », *Le facteur temps dans le droit des contrats – Volume 1*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, p. 241.

à son bénéficiaire un avantage « manifestement disproportionné » eu égard aux « conséquences extrêmement graves des lésions subies » par la victime<sup>13</sup>.

17. Il faut également souligner que, en vertu du principe de l'effet relatif des contrats, seules les parties à un contrat sont tenues par celui-ci. En d'autres termes, les éventuelles clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité et de garantie ne peuvent pas produire d'effets (d'obligations) envers les tiers. Ceci est également valable en ce qui concerne les clauses d'indemnisation (voir *infra*).

18. En ce qui concerne plus particulièrement les exceptions à la validité de ces clauses, il y a lieu de mettre en évidence les exceptions suivantes qui s'appliquent, de manière générale, aux trois types de clauses analysés.

19. Premièrement, ces clauses ne sont pas valides et doivent être annulées lorsqu'il s'avère qu'elles portent sur des obligations essentielles du débiteur. Ainsi que le souligne le professeur Van Ommeslaghe, « le fondement traditionnel donné à cette règle est le même que l'une des justifications qui exclut les clauses d'exonération en cas de dol : la clause aurait pour effet de rendre l'obligation purement potestative dans la mesure où aucune responsabilité ne serait encourue en cas d'inexécution de l'élément fondamental ou essentiel de l'obligation »<sup>14</sup>. Ce qui constitue une telle obligation essentielle a fait l'objet de nombreux qualificatifs en doctrine et dans la jurisprudence. Il en ressort que ces clauses sont nulles lorsqu'elles ont pour effet « d'anéantir l'obligation contractée par le débiteur »<sup>15</sup>, lorsqu'elles font disparaître l'objet du contrat<sup>16</sup>, lorsqu'elles portent atteinte « à l'essence même du contrat »<sup>17</sup>, lorsqu'elles vident les engagements du débiteur de leur substance, lorsqu'elles privent le contrat de toute signification, etc.<sup>18</sup>.

20. Deuxièmement, les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité et de garantie ne peuvent pas avoir pour objet ou pour effet d'exonérer la partie qui en bénéficie de sa responsabilité pénale. En effet, il est établi que « les lois pénales étant d'ordre public, toute convention qui a pour objet ou pour effet d'en modifier la portée, d'en restreindre le champ d'application, d'amener quelqu'un à commettre une infraction ou d'exonérer son auteur de la responsabilité pénale qu'il encourt, est sans valeur »<sup>19</sup>. Ceci est également d'application en ce qui concerne les clauses d'indemnisation. La doctrine considère qu'une clause d'indemnisation ne pourrait porter sur les amendes pénales ou les conséquences civiles d'une infraction, du moins dans les cas où cette infraction implique un élément intentionnel<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> Trib. police de Namur (Div. Dinant), 25 mars 2019 (voir note de T. MALENGREAU « L'illicéité de l'exonération contractuelle de la responsabilité d'une atteinte à l'intégrité physique », *R.G.A.R.*, 2020/2, p. 15652).

<sup>14</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1715.

<sup>15</sup> Cass., 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 113, concl. av.-gén. P. Mahaux ; Cass., 23 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 347 ; Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 821 ; Cass., 26 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 513.

<sup>16</sup> B. TILLEMANS, « 3. – Les clauses exonératoires », *La vente*, Bruxelles, Larcier, 2013, p.175.

<sup>17</sup> S. STIJNS, « Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie », *R.W.*, 2001-2002, p. 1264 ; R. KRUIHOF, « Contractuele aansprakelijkheidsregelingen », *T.P.R.*, 1984, p. 282, no 37. Voir également av.-gén. M. SOENENS, concl. préc. Gand, 28 février 1929, *B.J.*, 1929, col. 549.

<sup>18</sup> B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, sous la coordination de P. Wéry, Bruxelles, La Chartre, 2001, p. 64. Voir également M. GOUDEN, *op. cit.*, p. 85.

<sup>19</sup> Cass., 6 septembre 2006, *R.D.P.*, 2007, n°77.

<sup>20</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1738-1739. ; B. VAN BRUYSTEGEM, « Afwetelen van beheersaansprakelijkheid », *R.W.*, 1980-1981, p. 976 ; M. GOUDEN, *op. cit.*, p. 87-88.

21. Troisièmement, ces clauses ne sont pas valides lorsqu'il est démontré que la partie qui bénéficie de la clause exonératoire ou limitative a commis une faute intentionnelle (dol)<sup>21</sup>, sous réserve des considérations ci-dessous.

22. Quatrièmement, il existe des lois particulières qui, pour des raisons d'ordre public et d'intérêt général, interdisent explicitement les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité et de garantie<sup>22</sup>.

### 3. Considérations particulières

#### 3.1. Concernant les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité

23. Comme énoncé ci-dessus, le débiteur ne peut s'affranchir des conséquences dommageables de son dol (faute intentionnelle)<sup>23</sup>. En revanche, le débiteur peut s'exonérer de - et, *a fortiori*, limiter - sa responsabilité du fait du dol de ses préposés, agents d'exécution ou mandataires. Il ne pourrait toutefois s'affranchir de la faute dolosive de ses organes<sup>24</sup>. En ce qui concerne la faute lourde<sup>25</sup>, il est établi que les parties peuvent s'affranchir des suites dommageables de leur faute lourde, mais aussi de la faute lourde de leurs agents, préposés, mandataires et organes<sup>26</sup>.

#### 3.2. Concernant les clauses exonératoires ou limitatives de garantie

24. Les clauses de garantie sont autorisées et peuvent couvrir différents aspects tels que le délai de garantie, les vices (apparents ou cachés), etc.

25. En ce qui concerne les vices cachés, il est établi en droit belge que le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas achetée, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus<sup>27</sup>. Toutefois, et ainsi qu'il a été souligné ci-dessus, les dispositions légales que le Code civil consacre à la garantie des défauts de la chose vendue sont supplétives et les parties peuvent valablement y déroger contractuellement.

26. En effet, les clauses limitatives ou exonératoires de garantie sont admises, sauf à démontrer que le vendeur connaissait le vice au moment de la vente<sup>28</sup>. Ce principe connaît toutefois une exception concernant les vendeurs-fabricants et les vendeurs spécialisés<sup>29</sup>. Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, ceux-ci sont présumés avoir connaissance des vices, même cachés, affectant la chose qu'ils vendent, de sorte qu'ils ne peuvent se prévaloir des

<sup>21</sup> Sur la notion de dol, voir F. KUTY, « La notion de dol éventuel et son application à la tentative punissable », *J.T.*, 2018/17, n°6729, p. 369 et s.

<sup>22</sup> Voir notamment l'article VI.83 du Code de droit économique et la Loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *M.B.*, 22 mars 1991.

<sup>23</sup> Cass., 22 février 1990, *Pas.*, 1900, I, p. 159.

<sup>24</sup> Cass., 15 avril 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 844.

<sup>25</sup> Par faute lourde, il faut entendre une faute non intentionnelle, mais qui est tellement excessive qu'elle ne se comprend pas de la part d'un professionnel.

<sup>26</sup> Cass., 28 juin 1928, *Pas.*, 1928, I, p. 211.

<sup>27</sup> Article 1641 du Code civil.

<sup>28</sup> Article 1643 du Code civil.

<sup>29</sup> Au début, la jurisprudence utilisait le terme de « vendeur professionnel ». Depuis quelques dizaines d'années, la jurisprudence semble avoir remplacé cette notion par la notion de « vendeur spécialisé », à savoir un vendeur qui n'est pas nécessairement professionnel mais qui a un degré élevé de spécialisation ou de connaissance technique dans son domaine.

clauses exonératoires ou limitatives de garantie<sup>30</sup>. Cette présomption trouve son origine dans l'obligation qu'a tout vendeur de fournir une chose exempte de tout défaut et de prendre à cet égard toutes les mesures nécessaires pour déceler tous les vices possibles<sup>31</sup>.

27. La présomption de connaissance peut être renversée par les vendeurs-fabricants ou par les vendeurs spécialisés s'ils parviennent à démontrer qu'ils ignoraient invinciblement le vice ou, selon une terminologie plus récente, que ce vice était absolument indécélable<sup>32</sup>. L'impossibilité de déceler le vice doit, se faire, *in abstracto*. Pour certains défauts, l'ignorance invincible peut être admise dans le chef du vendeur spécialisé alors qu'elle ne peut l'être dans le chef du vendeur-fabricant<sup>33</sup>.

28. Si les vendeurs-fabricants et les vendeurs spécialisés parviennent à renverser la présomption de connaissance, les clauses exonératoires ou limitatives de garantie retrouvent toute leur efficacité.

29. Il est également important de souligner que la jurisprudence belge, à la différence de la jurisprudence française, applique les principes susmentionnés même lorsque l'acheteur est un acheteur professionnel. En effet, les clauses exonératoires ou limitatives de garantie ne sont, en principe, pas valables - sous réserve des exceptions mentionnées ci-dessus - dans les ventes conclues entre professionnels, fussent-ils de la même spécialité<sup>34</sup>.

### 3.3. Concernant les clauses d'indemnisation

30. En droit belge, la validité des clauses d'indemnisation est soumise aux mêmes principes de validité que les clauses limitatives de responsabilité et de garantie (voir *supra*), mais avec quelques aménagements ou tempéraments inhérents à ce type de clauses.

31. Premièrement, étant donné que les clauses d'indemnisation ne portent pas atteinte au principe d'indemnisation du dommage, il est généralement admis que la validité de ces clauses n'est pas contestable, même lorsque la responsabilité qui est en jeu repose sur des règles d'ordre public (responsabilité décennale des architectes, responsabilité pour les produits défectueux, etc.).

32. Deuxièmement, la jurisprudence et la doctrine considèrent qu'il est tout à fait possible de transférer la charge d'indemnisation de la victime d'une partie à l'autre, dans le cadre d'une clause d'indemnisation, même en cas de faute lourde. En revanche, les clauses d'indemnisation ne produisent pas d'effets en cas de faute intentionnelle personnelle (de dol) ou de faute intentionnelle des agents, préposés et mandataires<sup>35</sup>.

33. Enfin, contrairement au droit français et au droit luxembourgeois, le droit belge semble admettre les clauses d'indemnisation même lorsqu'il s'agit d'indemniser le préjudice corporel<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> Cass., 4 mai 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 223 ; Cass., 27 juin 1985, *J.T.*, 1986, p. 51 ; Cass., 15 juin 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 1117 ; Cass., 7 décembre 1990, *R.W.*, 1992-1993, p. 431, note T. Vanswevelt ; *Pas.*, 1991, 1, p. 346.

<sup>31</sup> B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 88.

<sup>32</sup> Cass., 6 mai 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 907 ; *R.C.J.B.*, 1979, p. 162, note M. Fallon.

<sup>33</sup> Civ. Liège, 2 octobre 2009, *R.G.A.R.*, 2010/3, n° 14.623 ; Bruxelles, 8 février 2019, *R.G.A.R.*, 2010/5, n° 14.645.

<sup>34</sup> Mons, 10 mai 1988, *Pas.*, II, p. 202. Voir également P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1717 et B. DUBUISSON, « Les clauses de garantie des vices cachés dans la vente entre professionnels », *D.A.O.R.*, 1986-1987, p. 231-240.

<sup>35</sup> T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Intersentia, 2009, point 1442 et s. ; B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », *op. cit.*, p. 58.

<sup>36</sup> M. GOUDEN, *op. cit.*, p. 88.

## C. Analyse de la validité des clauses exonératoires prévues dans les Contrat analysés

### 1. **Clauses exonératoires et limitatives de responsabilité et de garantie**

34. Les dispositions pertinentes sont :

- **Les articles 15.1<sup>37</sup>, 15.2<sup>38</sup> et 15.3<sup>39</sup>** du contrat conclu avec AstraZeneca et
- **Le considérant K<sup>40</sup> et l'article I.1.14.3<sup>41</sup>** du contrat conclu avec CureVac.

35. Nous n'avons pas identifié de disposition similaire dans le contrat conclu avec Sanofi.

36. En substance, les articles précités prévoient qu'AstraZeneca et CureVac ne garantissent et n'assument aucune responsabilité quant à l'efficacité et à l'absence d'effets secondaires inacceptables des vaccins contre la COVID-19.

37. Le contrat avec AstraZeneca est le plus explicite à cet égard dans la mesure où il prévoit que la Commission et les États membres « libèrent AstraZeneca et renoncent à introduire contre elle toute réclamation découlant du ou liée au : (a) manque de sécurité ou d'efficacité du vaccin, sous réserve du respect par AstraZeneca des exigences réglementaires de l'UE applicables à un produit pandémique, limité à la fabrication par AstraZeneca du vaccin conformément aux bonnes pratiques de fabrication ; (b) l'utilisation ou l'administration du vaccin dans des conditions pandémiques » (article 15.1)<sup>42</sup>. Il ressort de cette disposition que la Commission et les États membres renoncent à toute action en responsabilité contre AstraZeneca pour autant que celle-ci respecte les normes les plus élémentaires et les plus fondamentales relatives à la fabrication des médicaments à usage humain<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> « 15.1. The Commission and each of the Participating Member States each within their respective competencies, on behalf of itself, waive and release any claim against AstraZeneca arising out of or relating to : (a) lack of safety or efficacy of the Vaccine, subject to compliance by AstraZeneca with applicable EU regulatory requirements for a pandemic product, limited to manufacture by AstraZeneca of the Vaccine in accordance with Good Manufacturing Practices; (b) use or administration of the Vaccine under pandemic conditions [...] ». (Nous soulignons).

<sup>38</sup> « 15.2. Limitation of Liability for claims other than third party indemnification. The aggregate liability of AstraZeneca and its Affiliates in respect of claims made by the Commission or Participating Member States, or any affiliates acting on the Commission or Participating Member States' behalf (as distinguished from claims for third party indemnification), whether for breach of contract, another contractual-based claim, arising in tort (including negligence) or otherwise, arising out of, under or in connection with this Agreement ». (Nous soulignons).

<sup>39</sup> « 15.3 Disclaimer of Warranties. The Parties acknowledge that they are not relying on any understanding, arrangement, statement, representation (including, any negligent misrepresentation but excluding any fraudulent misrepresentation), warranty, condition, term, customary practice, course of dealing or provision except for the warranties set out in this Agreement. All statements, representations, warranties, terms, conditions and provisions (including, any implied by statute or equivalent, case law or otherwise and any implied warranties and/or conditions as to merchantability, satisfactory quality, fitness for purpose and skill and care), other than fraudulent misrepresentations and the provisions set out in this Agreement, are hereby excluded to the maximum extent permissible by law. ». (Nous soulignons).

<sup>40</sup> « K. The Parties recognise that the accelerated development timelines to deliver the clinical trial and follow-up programme agreed with EMA means that the contractor under no circumstance can warrant, or assume any liability, at the time of entry into force of this APA that the Product will be ultimately available or will produce the desired results, i.e. shows sufficient efficacy to prevent a COVID-19 infection, or be without unacceptable side effects [...] ». <sup>40</sup> (Nous soulignons)

<sup>41</sup> « I.1.14.3 Given the current status of the clinical development program and in light of the extraordinary circumstances of the execution and performance of this APA, the contractor, in particular, does not warrant that the Products will show sufficient efficacy to prevent a COVID-19 infection and/or be without unacceptable adverse event symptoms beyond what will be documented in the ongoing and planned clinical trials or what will be documented in the leaflet of the Product. ». (Nous soulignons).

<sup>42</sup> Traduction libre de l'article 15.1 du contrat avec AstraZeneca. Nous soulignons.

<sup>43</sup> Par « bonnes pratiques de fabrication », il faut entendre les pratiques établies par les normes, règles, principes et lignes directrices énoncés dans la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, la directive 2003/94/CE établissant les principes et lignes directrices de bonnes pratiques de fabrication concernant les médicaments à usage humain et les médicaments expérimentaux à usage humain et EudraLex - Volume 4 des Règles régissant les médicaments dans l'UE intitulé "Lignes directrices de l'UE relatives aux bonnes pratiques de fabrication des médicaments à usage humain et vétérinaire".

38. Ces clauses doivent être qualifiées de « *clauses exonératoires de responsabilité et de garantie* ». Le droit belge autorise, en principe, ce type de clauses.

39. Toutefois, plusieurs questions méritent d'être posées quant à la portée et la validité de ces clauses.

### **1.1. Portée des clauses exonératoires de responsabilité et de garantie**

40. Tout d'abord, il convient de noter que l'article 15.1 du Contrat avec AstraZeneca prévoit que la Commission et les États membres « libèrent AstraZeneca et renoncent à introduire contre elle toute réclamation [...] »<sup>44</sup> (« *wave and release any claim against AstraZeneca [...]* » dans la version originale).

41. Quant au Contrat avec Curevac, son considérant K prévoit que « [CureVac] ne peut en aucun cas garantir ou assumer une quelconque responsabilité »<sup>45</sup> (« *[CureVac] under no circumstance can warrant, or assume any liability* » dans la version originale).

42. Il ressort de la formulation (très large) de ces clauses et, de manière générale, de la volonté des parties telle qu'elle ressort d'autres dispositions du contrat, que les fabricants de vaccins sont exonérés à l'égard de la Commission et des États membres pour les faits qui relèvent tant de leur responsabilité contractuelle que de leur responsabilité extracontractuelle. En effet, à première vue, les clauses précitées pourraient être interprétées en ce sens que, dans le cas où il s'avère que les vaccins sont inefficaces et dangereux pour la population, la Commission et les États membres ne pourront réclamer des dommages et intérêts aux fabricants de vaccins, ni sur la base des contrats, ni sur la base des articles 1382 et suivants du Code civil belge.

43. À cet égard, il convient toutefois de rappeler que les clauses exonératoires de responsabilité et de garantie ne peuvent pas avoir pour objet ou pour effet d'exonérer la partie qui en bénéficie de sa responsabilité pénale (voir *supra*). En droit belge, il est établi que la commercialisation de médicaments dangereux pour la santé humaine peut donner lieu à la responsabilité pénale du fabricant/distributeur, le plus souvent sur la base d'incriminations d'homicide involontaire ou de coups et blessures involontaires. En effet, s'il s'avère que les vaccins contre la Covid-19 sont dangereux et produisent des effets indésirables (très) graves, les fabricants de vaccins ne pourront pas s'exonérer de leur responsabilité pénale en invoquant les clauses exonératoires susmentionnées.

---

<sup>44</sup> Nous soulignons.

<sup>45</sup> Nous soulignons.



## 1.2. Validité des clauses exonératoires de responsabilité et de garantie

### i. Le caractère a priori illégal des clauses exonératoires de responsabilité et de garantie prévues dans les contrats avec AstraZeneca et CureVac

44. Eu égard à la formulation très large des dispositions précitées, mais également à la nature des obligations dont les fabricants de vaccins sont exonérés, il convient d'examiner si cette exonération ne vide pas les engagements des fabricants d'une (grande) partie de leur substance. Comme expliqué ci-dessus, les clauses exonératoires de responsabilité et de garantie ne sont pas valides et doivent être déclarées nulles lorsqu'il s'avère qu'elles portent sur les obligations essentielles de l'une des parties.

45. Les applications de ce principe par les juridictions belges sont nombreuses<sup>46</sup>. Plus particulièrement, les juges vérifient dans quelle mesure une clause litigieuse porte atteinte aux dispositions essentielles du contrat – ou, plus généralement, au contenu fondamental de l'obligation en cause – pour refuser ou accepter, selon les circonstances, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie. L'examen du caractère essentiel ou non de l'obligation relève du juge du fond qui dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation. En règle générale, les juges se montrent plus sévères lorsqu'il s'agit d'apprécier les obligations des professionnels.

46. En droit belge, le vendeur a deux obligations principales : celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend<sup>47</sup>. Plus précisément, le vendeur a, d'une part, l'obligation de délivrer une « chose conforme au contrat »<sup>48</sup> et, d'autre part, une obligation de garantir la chose, notamment contre les vices cachés<sup>49</sup>.

47. Dans le cas d'un contrat d'achat de vaccins, le vendeur (*i.e.* le fabricant de vaccins) devrait, en principe, s'engager à délivrer un vaccin « conforme » et assumer les obligations de garantie relatives à la conformité du vaccin. Ces principes semblent, d'ailleurs, ressortir des contrats conclus avec AstraZeneca et CureVac :

- « [...] AstraZeneca a le droit et la responsabilité exclusifs de tous les aspects liés à la recherche et au développement du vaccin dans le but d'établir un vaccin sûr et efficace

---

<sup>46</sup> Ainsi, par exemple :

- Un architecte ne peut stipuler une clause l'exonérant de toute responsabilité pour tout vice de conception d'une construction, car une telle clause a pour effet de vider le contrat de sa substance, puisqu'elle décharge l'architecte de ses obligations résultant de la conception des plans, c'est-à-dire d'une des obligations essentielles de sa mission (Bruxelles, 21 septembre 1979, *J.T.*, 1981, p. 28).
- Un dépositaire ne peut s'exonérer de son obligation principale de garde et de restitution de la chose déposée (Civ. Liège, 29 juin 1976, *Jur. Liège*, 1976-1977, p. 275).
- La clause visant à exonérer l'organisateur d'une course de caisse à savon de toute responsabilité, en ce compris en cas de lésions corporelles graves ou de décès, vide le contrat de sa substance (Trib. police de Namur (Div. Dinant), 25 mars 2019, précité).
- Les clauses générales d'une agence de presse qui prévoient que « l'éditeur fait son affaire personnelle de toutes autorisations nécessaires à la reproduction des œuvres ou des personnes figurant sur les photos » sans que l'agence de presse mette l'éditeur en mesure d'obtenir cette autorisation sont nulles dans la mesure où elles ont pour conséquence d'anéantir l'obligation contractée (Bruxelles, 18 octobre 2001, *A.M.*, 2002, p. 168.).

<sup>47</sup> Article 1603 du Code civil.

<sup>48</sup> Article 1604 du Code civil.

<sup>49</sup> Articles 1641 et s. du Code civil.

pour la fabrication et la vente, comme le prévoit le présent accord » (article 4.1 du contrat avec AstraZeneca)<sup>50</sup>.

- « *L'intention de la Commission, au nom des États membres, est de faire en sorte que la population de l'Union européenne puisse avoir accès à un vaccin en quantité suffisante et à un prix équitable, mais aussi dans des conditions de sécurité. Le vaccin ne devrait être mis à la disposition de la population qu'une fois que son innocuité et son efficacité auront été approuvées par les organismes de réglementation compétents » (considérant F du contrat avec CureVac)<sup>51</sup>.*

**48.** À la lumière des principes évoqués ci-dessus, il nous semble, dès lors, évident que la mise à disposition d'un vaccin sûr et efficace relève des obligations essentielles du vendeur (i.e. le fabricant de vaccins). Toute clause qui aurait pour objet ou pour effet d'exonérer le fabricant de son obligation de fournir un vaccin sûr et efficace reviendrait, selon nous, à exonérer ce fabricant de l'une des obligations fondamentales, mais également – et surtout – à vider le contrat de sa substance et de tout effet utile. Comme expliqué en détail ci-après, cette clause devrait être déclarée nulle.

**49.** La même conclusion quant à l'illégalité de la clause devrait s'imposer si on applique les règles et les principes décrits ci-dessus concernant la garantie contre les vices cachés. En effet, comme expliqué ci-dessus, les vendeurs professionnels (tels qu'AstraZeneca et CureVac) sont présumés avoir connaissance des vices, même cachés, affectant la chose qu'ils vendent. Cette présomption vaut même dans les cas où ils concluent avec des acheteurs professionnels, tels que les États membres et la Commission européenne<sup>52</sup>. Cette conclusion s'impose d'autant plus que, s'agissant d'achats de vaccins, dans le cadre et au motif de la santé publique (comme c'est le cas en l'espèce), les standards applicables au devoir de garantie des fabricants de vaccins sont encore bien plus élevés.

**50.** En s'exonérant de toute responsabilité et de toute obligation de garantie en cas d'effets indésirables graves et inacceptables et d'inefficacité des vaccins contre la COVID-19, AstraZeneca et CureVac s'exonèrent, en réalité, des éventuels vices cachés de ces vaccins. Or, cette exonération est illégale à moins que le fabricant ne puisse démontrer, au moment de la conclusion du contrat, qu'il ignorait invinciblement ces vices ou que ces vices étaient absolument indécélables (voir *infra*).

**51.** Enfin, il est intéressant de souligner que l'article VI.91/5.6° du Code de droit économique (« CDE ») prévoit explicitement que les clauses dans les contrats entre entreprises qui ont pour objet « de libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute grave ou de celle de ses préposés ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution des engagements essentiels qui font l'objet du contrat »<sup>53</sup> sont présumées abusives, sauf preuve contraire, et doivent être considérées comme étant nulles et non-avenues.

**52.** Bien que cette disposition et, de manière plus générale, la législation relative aux clauses abusives dans les contrats entre entreprises, ne s'appliquent, à première vue, pas aux Contrats

<sup>50</sup> Nous soulignons.

<sup>51</sup> Nous soulignons.

<sup>52</sup> Sans qu'ils ne soient des acheteurs professionnels en tant que tels, les États membres et la Commission européenne peuvent être assimilés à des acheteurs professionnels car il ressort des différents documents publics qu'ils ont pu se faire conseiller, dans le cadre de la négociation des Contrats analysés, par leurs propres experts.

<sup>53</sup> Nous soulignons.

analysés<sup>54</sup>, elles peuvent, selon nous, être utilisées, par analogie, pour démontrer le caractère illégal des clauses exonératoires de responsabilité et de garantie prévues dans les contrats avec AstraZeneca et CureVac.

*ii. Tempéraments au caractère a priori illégal des clauses exonératoires de responsabilité et de garantie prévues dans les contrats avec AstraZeneca et CureVac*

53. Il est fait référence, à plusieurs reprises, dans les Contrats analysés aux « *circonstances exceptionnelles* » de la pandémie de COVID-19 et, plus particulièrement, à la nécessité de développer de nouveaux vaccins à une vitesse sans précédent afin de permettre une immunisation à très grande échelle et aux risques financiers élevés pris par les fabricants de vaccins dans le cadre du développement et de la commercialisation des vaccins contre la COVID-19<sup>55</sup>.

54. Il est, dès lors, probable que les fabricants se prévalent des circonstances exceptionnelles relatives à la production du vaccin contre la COVID-19 pour démontrer la légalité des clauses exonératoires de responsabilité et de garantie, y compris contre les vices cachés.

55. À cet égard, un parallélisme pourrait être fait avec la Loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux<sup>56</sup>. Cette loi est souvent invoquée par les personnes lésées par un produit défectueux (y compris les médicaments ou vaccins défectueux) pour engager la responsabilité du fabricant<sup>57</sup>. En effet, la loi du 25 février 1991 a l'avantage de prévoir un régime de responsabilité sans faute. Par conséquent, la victime ne devra démontrer que le défaut du produit, le dommage et le lien causal entre le dommage et le défaut du produit, indépendamment de la question de savoir si le fabricant en question a commis une faute ou non. Toutefois, le fabricant ne devra pas engager sa responsabilité et indemniser la victime dans certains cas explicitement prévus par la loi. À cet égard, l'article 8 (e) prévoit que le fabricant n'est pas responsable en vertu de cette loi s'il prouve que « *l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui ne permettait pas de déceler l'existence du défaut* »<sup>58</sup>.

56. Nous en déduisons que, si le législateur permet aux fabricants de vaccins défectueux de s'exonérer de toute responsabilité à l'égard des consommateurs lorsque l'état des connaissances scientifiques au moment de la mise sur le marché du vaccin défectueux ne permettait pas de déceler l'existence du défaut, la même conclusion devrait, *a fortiori*, s'appliquer lorsqu'il s'agit d'un contrat d'achat de vaccins conclu avec des acheteurs professionnels tels que les États membres et la Commission européenne.

<sup>54</sup> L'article VI.91/1 §2 du CDE prévoit que le titre 3/1 du Livre VI du CDE relatif aux clauses abusives dans les contrats entre entreprises ne s'applique pas aux marchés publics et aux contrats qui en découlent. Nous en déduisons que ce titre ne s'applique pas aux marchés publics qui sont régis par la réglementation belge relative aux marchés publics. Bien qu'il ne soit pas exclu que le titre 3/1 puisse s'appliquer aux Contrats analysés dans la mesure où ils ne sont pas régis par la réglementation belge en matière de marchés publics, cette application nous semble toutefois hasardeuse.

<sup>55</sup> Voir par exemple l'article I.1.14.3 et I.1.23.2 du contrat avec CureVac et l'article 1.9 du contrat avec AstraZeneca.

<sup>56</sup> Cette loi ne pourrait pas être invoquée par les États membres contre les fabricants de vaccins car ils ne rentrent pas dans la catégorie des « personnes lésées » qui réunit « *toutes [les] personne[s] physique[s] qui, du fait d'un produit défectueux, [subissent] un dommage réparable au sens de loi [peuvent] se prévaloir de cette dernière et peu importe, sur ce plan, qu'il existe ou non une relation contractuelle directe avec le producteur réel, apparent ou présumé* » (C. DELFORGE, « Le consommateur et la responsabilité du fait des produits de santé », *D.C.C.R.*, 2013/3-4, n°100, p. 47).

<sup>57</sup> En effet, la victime d'un produit défectueux peut choisir d'engager la responsabilité extracontractuelle du fabricant sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil ou de se fonder sur le régime de responsabilité *sui generis* prévu par la Loi du 25 février 1991, sous réserve que les conditions d'application de ces deux régimes de responsabilité soient simultanément remplies.

<sup>58</sup> Nous soulignons.

57. Il n'est, dès lors, pas exclu que, dans le cadre de l'appréciation de la validité des clauses exonératoires de responsabilité et de garantie prévues par les contrats avec AstraZeneca et avec CureVac, le juge du fond déclare ces clauses valides si les fabricants parviennent à démontrer qu'au moment de la mise sur le marché des vaccins contre la COVID-19, l'état des connaissances scientifiques ne leur permettait pas de déceler l'existence d'effets indésirables graves inacceptables et/ou l'inefficacité des vaccins.

58. À cet égard, il est également très probable que les fabricants de vaccins invoquent le fait qu'ils ont reçu une autorisation de mise sur le marché (conditionnelle) de la part de l'Agence européenne des médicaments, de sorte que leurs vaccins seront présumés suffisamment sûrs pour pouvoir être commercialisés et administrés à la population. À notre connaissance, le bien-fondé d'une telle défense n'a pas encore été jugé en Belgique. Il semble toutefois ressortir de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme et des juridictions françaises que le fait que la commercialisation d'un médicament ait été autorisée par l'autorité compétente ne signifie pas nécessairement que le médicament en question ne peut être qualifié de « produit défectueux » et que la victime ne serait pas en droit d'obtenir une indemnisation<sup>59</sup>.

59. Enfin, nous sommes d'avis que le juge du fond, dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation, devra aussi tenir compte du fait que l'exonération touche à des obligations essentielles des fabricants et à la substance même des contrats de sorte que si la clause d'exonération devait s'appliquer, les contrats seraient vidés d'une partie de leur objet ainsi que de tout effet utile. Toujours dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation, il nous semble aussi important que le juge du fond apprécie, par lui-même, la portée des risques réellement encourus par les fabricants de vaccins contre la COVID-19 - et, dès lors, la nécessité d'exonération - étant donné que les contrats d'achats anticipé « réduisent le niveau de risque des investissements nécessaires liés tant à la mise au point des vaccins et aux essais cliniques qu'à la mise en place de capacités de production adéquates tout au long de la chaîne de production des vaccins »<sup>60</sup>.

60. En tout état de cause, s'il s'avère que le fabricant avait connaissance ou pouvait déceler les effets indésirables graves et/ou l'inefficacité du vaccin au moment de la mise sur le marché des vaccins, les clauses d'exonération devraient être déclarées invalides. La même conclusion devrait, selon nous, s'imposer s'il s'avérait que les fabricants de vaccins avaient commis une faute intentionnelle (dol) ou violé les « bonnes pratiques de fabrication ».

---

<sup>59</sup> Arrêt de la CEDH du 13 février 2020, Sanofi Pasteur c. France ; Arrêt de la Cour de Cassation française du 27 novembre 2019, n°18-16.537.

<sup>60</sup> Voir Communication de la Commission européenne « Stratégie de l'Union européenne concernant les vaccins contre la COVID-19 » du 17 juin 2020, COM(2020), 245 final, précitée.

## 2. Clause d'indemnisation

61. Les dispositions pertinentes sont :

- L'article 14.1<sup>61</sup> du Contrat avec AstraZeneca
- L'article I.1.23.3 à I.1.23.5<sup>62</sup> du Contrat avec CureVac
- Les articles II.6.4 et II.6.5<sup>63</sup> du Contrat avec Sanofi

### 2.1. Portée des clauses d'indemnisation prévues dans les Contrats avec AstraZeneca, CureVac et Sanofi

62. Il ressort de ces dispositions que les États membres s'engagent à indemniser et dégager de toute responsabilité (« indemnify and hold harmless » en anglais) AstraZeneca, CureVac et Sanofi pour tous les éventuels préjudices subis par des tiers à la suite de l'utilisation ou de l'administration du vaccin contre la COVID-19. Le Contrat avec CureVac va encore plus loin car il prévoit la possibilité pour le fabricant de demander aux États membres d'assumer (avec leurs propres

<sup>61</sup> « **14.1. Member States.** Each Participating Member State shall indemnify and hold harmless AstraZeneca, its Affiliates, subcontractors, licensors, and sub-licensees, and officers, directors, employees and other agents and representatives of each (collectively, the "Indemnified Persons") from and against any and all damages and liabilities, including settlements for which the Indemnifying party has given its consent pursuant to Section 14.2, and necessary legal costs relating to, resulting from or associated with claims for death, physical, mental, or emotional injury, illness, disability, or condition, fear of the foregoing, property loss or damage, and business interruption of the injured party or a Related Person of such injured person (together, "Losses") relating to or arising from the use or administration of the Vaccine shipped or allocated to its jurisdiction. Such indemnification will be available regardless of where the Vaccine is administered, where the claim is brought, and whether the claim investigation, manufacture, labelling, formulation, packaging, donation, dispensing, prescribing or licensing of the Vaccine in its jurisdiction. Such indemnification will not be available to Indemnified Persons [confidential]. Indemnification under this Section 14.1 will be available for Losses arising from the use and administration of vaccines supplied under this Agreement, regardless of when or where vaccination occurred and regardless of when or where the injury leading to the Losses occurs or is reported ». (Nous soulignons).

<sup>62</sup> « **1.23.3 [...]** Each participating Member State shall indemnify and hold harmless the contractor, its Affiliates, sub-contractors and sub-licensees, including contract partners involved in the research, development (including pre-clinical and clinical testing), manufacturing and/or delivery; and officers, directors, employees and other agents, representatives and service providers of each (together, the "Indemnified Persons") for liability incurred and normally borne by them relating to harm, damages and losses (together, the "Losses") as further specified in Article 1.23.5 arising from the use and deployment of the Products supplied to the participating Member State (or another entity appointed by that participating Member State) under this APA, irrespective of the time when the Losses occur.

**1.23.4.** Such indemnification will not be available to the Indemnified Persons to the extent that [confidential].

**1.23.5.** Indemnification pursuant to Article 1.23.3 will only be available for Losses that consist of: (i) liability towards the injured Party [confidential] for death, physical, mental or emotional injury, illness, disability, cost of care, property loss or damage, loss of earnings, and business interruption; and (ii) all reasonable and necessary costs related to such Losses including legal fees, expert fees and other litigation or settlement expenses. [...] ». (Nous soulignons).

<sup>63</sup> « **II.6.4.** Each Participating Member State shall, directly or through any of its agencies and/or existing indemnification funds indemnify and hold harmless each Sanofi Pasteur and GSK and their respective Affiliates (the "Sanofi Pasteur Indemnified Entities" and the "GSK Indemnified Entities", respectively) for any and all liability, and reasonable direct external legal costs necessary to the defense in Third Party Claims. (i.e. law firm's fees, external experts fees) incurred and normally borne by them relating to harm, damages and losses (together, the "Losses") associated with the death, physical, mental or emotional injury, illness, disability, property loss or damage or business interruption of a party injured as result ("the Injury") of the use or deployment of the Adjuvanted Pandemic Vaccine in the jurisdiction of the Participating Member State in question.

Such indemnification will be available to the Sanofi Pasteur Indemnified Entities and the GSK Indemnified Entities for the Losses arising from the use and administration of any Adjuvanted Pandemic Vaccine doses sold during the initial duration of the Down Payment and Advance Purchase Agreement which term will be of [confidential] months (the "Covered Doses") (even if delivered and/or used after) and will apply to Losses arising from vaccination with such Covered Doses regardless of when the Injury leading to the Losses occurs or is reported.

In the event the Parties mutually agree to extend the Advance Purchase Agreement after its initial duration and then mutually agree to supply additional doses of the Adjuvanted Pandemic Vaccine under such extended agreement, the Parties will discuss in good faith whether any amendment to the above indemnification provisions is warranted ».

« **II.6.5:** There shall be no obligation to indemnify and hold Sanofi Pasteur Indemnified Entities and GSK Indemnified Entities harmless where it is demonstrated that [confidential] ».

conseils et à leurs propres frais) le contrôle exclusif de la défense ou du règlement de la réclamation d'un tiers, sous certaines conditions<sup>64</sup>.

**63.** Les clauses précitées sont des clauses d'indemnisation (voir *supra*).

**64.** La portée générale de ces dispositions est remarquable. En effet, la notion de « préjudice » que les États membres s'engagent à indemniser est très large et couvre tous les dommages liés au décès, aux blessures physiques, mentales ou émotionnelles, aux maladies, à l'invalidité, au coût des soins, au dommage matériel, à la perte de revenus et à l'interruption d'activité, mais aussi tous les coûts raisonnables et nécessaires liés à ces pertes et dommages, y compris les frais de justice, les frais d'expertise et autres frais de litige ou de règlement.

**65.** La clause d'indemnisation est également large en ce qu'elle prévoit l'indemnisation des fabricants, mais également de leurs affiliés, sous-traitants et détenteurs de sous-licences, y compris les partenaires contractuels participant à la recherche, au développement, à la fabrication et/ou à la livraison, ainsi que les dirigeants, administrateurs, employés et autres agents, représentants et prestataires de services de chacun d'eux.

**66.** Les contrats semblent prévoir quelques exceptions à l'application de cette obligation générale d'indemnisation dans le chef des États membres. Cependant, les dispositions y relatives ont été occultées dans les versions des contrats publiées sur le site de la Commission européenne, de sorte que nous ne pouvons pas en tenir compte dans le cadre de la présente analyse.

## **2.2. Validité des clauses d'indemnisation prévues dans les Contrats avec AstraZeneca, CureVac et Sanofi**

**67.** Comme indiqué ci-dessus, les clauses d'indemnisation sont autorisées en droit belge, sauf quelques exceptions.

**68.** Premièrement, il convient de s'interroger sur la légalité de ces clauses en ce qu'elles prévoient l'indemnisation de dommages tels que le décès ou l'atteinte à l'intégrité physique. Comme indiqué ci-dessus, le droit belge permet aux parties de prévoir contractuellement que l'une des parties supportera l'indemnisation du préjudice corporel subi par un tiers à la suite du comportement fautif de l'autre partie<sup>65</sup>. Toutefois, en règle générale, les comportements générant le décès ou l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne relèvent des lois pénales.

**69.** À cet égard, la licéité d'une clause d'indemnisation contre les conséquences civiles d'une infraction pénale n'est pas encore clairement établie par la jurisprudence. La doctrine est majoritairement d'avis que ce type de clause devrait être considéré comme illicite, d'autant plus si l'infraction suppose un élément intentionnel<sup>66</sup>. De même, la clause d'indemnisation ne saurait être interprétée comme portant sur les éventuelles amendes pénales que la personne coupable du préjudice (en l'espèce, le fabricant) sera amenée à payer<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> « **1.23.11.** Alternatively, the contractor may request, to the extent possible under the applicable rules of procedure, the participating Member State to assume (with its own counsel and at its own costs) sole control of the defence or settlement of the Third Party Claim; provided that: (i) the participating Member State shall reasonably take the contractors interests into consideration and shall not settle such Third Party Claim without the prior written consent of the contractor (such consent not to be unreasonably conditioned, withheld or delayed); and (ii) the contractor shall have the right, but not the obligation, to participate in the defence or settlement of the Third Party Claim and to retain its own counsel in connection with such Third Party Claim at its own expense. [confidential] ».

<sup>65</sup> M. GOUDEN, *op. cit.*, p. 88

<sup>66</sup> Voir notamment P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1738.

<sup>67</sup> Cass., 6 septembre 2006, R.G. n°P.06.0492.F, [www.cass.be](http://www.cass.be); *Rév. Dr. Pén.*, 2007, p. 77.

70. Deuxièmement, nous sommes également d'avis que, étant donné la formulation très large de la clause d'indemnisation qui prévoit l'indemnisation des fabricants pour la (quasi-)totalité des préjudices que les vaccins pourraient générer, l'obligation (essentielle) des fabricants de délivrer et garantir des vaccins efficaces et sûrs s'apparente, en réalité, à une obligation purement potestative. En particulier, le juge du fond devra, selon nous, vérifier si, à la suite de l'application de la clause d'indemnisation, les fabricants continuent à supporter des risques financiers et s'ils sont encore incités à accomplir leurs obligations contractuelles.

71. À cet égard, il est intéressant de citer l'article VI.91/5.3° du CDE qui prévoit que les clauses dans les contrats entre entreprises qui ont pour objet « de placer, sans contrepartie, le risque économique sur une partie alors que celui-ci incombe normalement à l'autre partie »<sup>68</sup> sont présumées abusives, sauf preuve contraire. Bien que cet article ne soit pas applicable en tant que tel pour les raisons décrites ci-dessus, il reste pertinent pour démontrer le caractère problématique de ce type de clauses qui bouleverse complètement l'équilibre économique d'un contrat.

72. Troisièmement, il nous semble également évident que la clause d'indemnisation ne peut pas produire d'effets s'il s'avère que les fabricants et/ou leurs agents, préposés, mandataires ont commis une faute intentionnelle ou ont violé les « *bonnes pratiques de fabrication* ».

73. Enfin, le juge du fond devra également tenir compte, dans le cadre de son appréciation de la validité de cette clause, des circonstances exceptionnelles relatives à la production des vaccins contre la COVID-19 (voir *supra*).

### 3. Sanctions en cas d'illicéité d'une clause contractuelle

74. Dans la mesure où plusieurs clauses analysées ci-dessus posent problème et sont susceptibles d'être déclarées illicites, nous analyserons ci-après les sanctions applicables par le juge en cas d'illicéité d'une clause.

#### 3.1. Principes applicables – sanction de l'illicéité d'une clause contractuelle

75. En théorie, le droit des obligations prévoit que « *le contrat qui est affecté d'un défaut dans sa formation est entaché d'une cause de nullité* »<sup>69</sup>. L'article 1172 du Code civil dispose que « *[t]oute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend* ». La nullité est une sanction résiduaire applicable à défaut de sanction spécifique prévue par le législateur<sup>70</sup>. Cependant, les parties peuvent insérer, dans leur convention, une clause de divisibilité « *précisant que la nullité de l'une des dispositions contractuelles n'entraînera pas la nullité de l'intégralité de la convention* »<sup>71</sup>. Dans ce cas, seule la clause illicite sera déclarée nulle par le juge. Il y a toutefois deux exceptions qui limitent la portée d'une clause de divisibilité et entraînent l'annulation de l'entièreté de la convention, à savoir si :

- 1) la clause contractuelle en question constitue l'une des conditions essentielles de validité du contrat. Si la clause a constitué la cause impulsive et déterminante de la conclusion du contrat,

<sup>68</sup> Nous soulignons.

<sup>69</sup> P. WERY, « Titre 3 - Les sanctions des défauts dans la formation du contrat et des fautes précontractuelles », *Droit des obligations*, Volume 1, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 337.

<sup>70</sup> R. JAFFERALI, « A. – En deçà du contrat : nullité partielle, réduction et conversion », *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 726.

<sup>71</sup> P. WERY, « Titre 3 - Les sanctions des défauts dans la formation du contrat et des fautes précontractuelles », *op cit.*, p. 357.

la convention doit être considérée comme indivisible et le contrat doit être annulé dans son entièreté<sup>72</sup>.

- 2) la clause en question est déterminante de la volonté des parties. Le juge pourrait notamment décider que, nonobstant l'existence d'une clause de divisibilité, la clause illicite est inséparable du reste de la convention dans l'esprit des parties<sup>73</sup>.

**76.** Le juge qui annule une clause illicite ne peut en principe remplacer la clause qu'il annule par « *une clause différente qui ne serait pas [une clause prévue par l'usage] ou qui ne reposerait pas sur la volonté des parties* »<sup>74</sup>. Cependant, il convient d'être attentif à la jurisprudence récente de la Cour de cassation. Les arrêts du 23 janvier 2015 et 25 juin 2015 de la Cour de cassation ont confirmé que la nullité ne peut frapper qu'une partie de la clause contractuelle, sans mettre en péril la validité du reste de celle-ci ni, *a fortiori*, la validité du reste de la convention. La nullité partielle d'une clause peut découler d'un texte législatif ou de certaines dispositions contractuelles. Elle peut aussi être prononcée par le juge même en l'absence de texte légal ou de clause expresse<sup>75</sup>. La Cour de Cassation a ainsi jugé qu'une clause de concurrence, violant une disposition d'ordre public, peut être déclarée nulle partiellement. Le juge peut ainsi « *limiter la nullité, sauf interdiction de la loi, à la partie de la convention ou de la clause contraire à cette disposition [d'ordre public] à condition que la poursuite de l'existence de la convention ou de la clause partiellement annulée réponde à la volonté des parties* »<sup>76</sup>.

**77.** La jurisprudence<sup>77</sup> a dégagé trois conditions pour que la nullité partielle d'une clause illicite puisse être envisagée par le juge :

- 1) Il est d'abord requis qu'une telle sanction soit possible, que la fraction illicite de la clause puisse être détachée du reste de celle-ci.
- 2) Il est ensuite requis que le maintien de la clause partiellement annulée réponde à l'intention commune des parties au moment de la conclusion du contrat.
- 3) Enfin, la nullité partielle doit être permise par la loi. Elle est, *a contrario*, écartée lorsque la loi sanctionne l'illicéité d'une clause par la nullité intégrale<sup>78</sup>.

**78.** Enfin, les parties peuvent convenir d'assortir leurs clauses de divisibilité d'une obligation de renégocier la clause annulée. On parle alors de clause de révision. La clause de révision contient l'engagement des parties, en cas d'annulation, « *d'entamer de bonne foi des négociations en vue de remplacer la clause illicite par une clause licite remplissant, dans toute la mesure du possible,*

<sup>72</sup> R. JAFFERALI, *op cit.*, p. 714.

<sup>73</sup> R. JAFFERALI, *ibidem*, p. 714.

<sup>74</sup> P. WÉRY, « Titre 3 - Les sanctions des défauts dans la formation du contrat et des fautes précontractuelles », *op cit.*, p. 359 ; Cass., 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, p. 422-427.

<sup>75</sup> P. WÉRY, *ibidem*, p. 369.

<sup>76</sup> Cass., 23 janvier 2015, R.G. n° C.13.0579/N/1, disponible sur [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>77</sup> Cass., 23 janvier 2015, R.G. n° C.13.0579/N/1, disponible sur [www.juridat.be](http://www.juridat.be) ; Cass., 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 717. Voir également S. STIJNS, « Het aankomend verbintenissenrecht in de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie », *R.G.D.C.*, 2018/8, p. 421.

<sup>78</sup> C'est le cas notamment des articles 65, §2, 86 et 104 de la loi sur les contrats de travail du 3 juillet 1978. F. PERAER, « Het Hof van Cassatie erkent en bevestigt de mogelijkheid tot reductie van nietige concurrentiebedingen in het gemene recht », note sous Cass., 23 janvier 2015 et 25 juin 2015, *R.G.D.C.*, 2016/4, p. 194 – 195.



une fonction économique équivalente »<sup>79</sup>. Toutefois, l'adaptation du contrat doit rester conforme à la loi et à la volonté du législateur<sup>80</sup>.

### 3.2. Application au cas d'espèce

79. Les Contrats conclus entre la Commission européenne et les sociétés pharmaceutiques contiennent tous des clauses spécifiques de divisibilité (« severability clauses » en anglais)<sup>81</sup>.

80. En substance, ces clauses de divisibilité prévoient que chaque disposition du contrat est séparable et distincte des autres. Si une disposition est ou devient illégale, invalide ou inapplicable, en tout ou en partie, elle doit être séparée du reste du contrat. Ceci n'affecte toutefois pas la légalité, la validité ou l'applicabilité des autres dispositions du contrat qui restent pleinement en vigueur. La disposition illégale, invalide ou inapplicable sera remplacée par une disposition légale, valide et applicable qui correspond le plus possible à l'intention initiale des parties lors de la conclusion du contrat<sup>82</sup>.

81. Le juge du fond devrait vérifier si ces clauses de divisibilité peuvent être appliquées étant donné que les clauses exonératoires de responsabilité et de garantie et les clauses d'indemnisation semblent avoir été déterminantes de la volonté des parties. Les sociétés pharmaceutiques n'auraient, en effet, pas contracté sans que de telles clauses ne soient conclues. Cela ressort notamment du considérant K du contrat conclu avec CureVac : « *[l]es Parties reconnaissent que le calendrier de développement accéléré pour la réalisation de l'essai clinique et du programme de suivi convenu avec l'EMA signifie que le contractant ne peut en aucun cas garantir, ou assumer une quelconque responsabilité, au moment de l'entrée en vigueur du présent APP, que le Produit sera finalement disponible ou produira les résultats souhaités, c'est-à-dire qu'il sera suffisamment efficace pour prévenir une infection par COVID-19, ou qu'il sera sans effets secondaires inacceptables. Les États membres participants sont disposés à partager ces risques, ce qui inclut l'obligation pour les États membres participants d'indemniser le contractant et ses OCM en cas de responsabilité encourue, de règlements payés et de certains coûts liés à des réclamations de tiers concernant ces risques dans les conditions prévues par le présent APP. La Commission et les États membres participants reconnaissent que l'utilisation des Produits se fera*

<sup>79</sup> R. JAFFERALI, *op cit.*, p. 723.

<sup>80</sup> R. JAFFERALI, *ibidem*, p. 724.

<sup>81</sup> Contrat avec AstraZeneca: « **18.10. Severability.** If any provision of this Agreement is held to be void or otherwise unenforceable by a court of competent jurisdiction from whose judgment no appeal is made within the applicable time limit then the provision shall be omitted and the remaining provisions of this Agreement shall continue in full force and effect ». Contrat avec CureVac: « **II.1.** Each provision of this APA is severable and distinct from the others. If a provision is or becomes illegal, invalid or unenforceable to any extent, it must be severed from the remainder of the APA. This does not affect the legality, validity or enforceability of any other provisions of the APA, which continue in full force and effect. The illegal, invalid or unenforceable provision must be replaced by a legal, valid and enforceable substitute provision which corresponds as closely as possible with the actual intent of the Parties under the illegal, invalid or unenforceable provision. The APA must be interpreted as if it had contained the substitute provision as from its entry into force ». **1.23.13** The Parties acknowledge and agree that the provisions of this indemnification clause are reasonable and necessary to protect the legitimate interest of the Indemnified Persons. However, if any provision in this clause were to be held to be illegal, invalid or unenforceable, in whole or in part, then such provision shall not be nullified but the Parties, including the participating Member States, shall be deemed to have agreed to such provision that conforms with the limitations imposed by applicable law and that is as close as possible to the original intention of the Parties and has the same or as similar as possible economic effect, and such provision shall be automatically reformed accordingly ».

Contrat avec Sanofi: « **II.3.** Each provision of this APA is severable and distinct from the others. If a provision is or becomes illegal, invalid or unenforceable to any extent, it must be severed from the remainder of the APA. This does not affect the legality, validity or enforceability of any other provisions of the APA, which continue in full force and effect. The illegal, invalid or unenforceable provision must be replaced by a legal, valid and enforceable substitute provision which corresponds as closely as possible with the actual intent of the Parties under the illegal, invalid or unenforceable provision. The APA must be interpreted as if it had contained the substitute provision as from its entry into force ».

<sup>82</sup> Cette dernière partie n'est toutefois prévue dans le contrat avec AstraZeneca (voir *infra*).

dans des conditions épidémiques nécessitant une telle utilisation, et que l'administration du produit sera donc effectuée sous la seule responsabilité des États membres participants »<sup>83</sup>.

**82.** Il n'est, dès lors, pas exclu que l'illicéité des clauses d'indemnisation et d'exonération de responsabilité et de garantie entraîne la nullité de l'entièreté des conventions conclues. Toutefois, dans le cas d'espèce, une nullité partielle (qui concerne seules les clauses illicites) nous semble plus appropriée et plus judicieuse qu'une nullité totale de l'ensemble des contrats.

**83.** À cet égard, nous rappelons notamment la jurisprudence très récente de la Cour de cassation selon laquelle le juge a la faculté de ne pas considérer un contrat de marché public comme étant nul ou dépourvu d'effets (même dans cas où la conclusion de celui-ci serait frappée d'une cause de nullité absolue telle que l'absence d'organisation d'une mise en concurrence) s'il s'avère que des raisons impérieuses d'intérêt général (telles que des raisons de santé publique) imposent que les effets du contrat de marché public soient maintenus<sup>84</sup>. Dans le cas d'espèce, il nous semble que la fourniture de vaccins dans le cadre d'une pandémie telle que celle relative à la COVID-19<sup>85</sup> pourrait constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier le maintien des effets des contrats d'achat de vaccins contre la COVID-19, et cela malgré la nullité des clauses exonératoires décrites ci-dessus.

**84.** Dans ce cas, il faudrait toutefois garder à l'esprit que « *en cas d'annulation d'une clause exonératoire de responsabilité [...], il irait directement à l'encontre de la volonté du législateur de permettre au cocontractant de renégocier une hausse de prix pour compenser entièrement l'impossibilité dans laquelle il se trouve de se prévaloir de la clause nulle* »<sup>86</sup>. Les sociétés pharmaceutiques ne pourraient, dès lors, modifier le contrat conclu et prévoir que le prix des vaccins sera augmenté à la suite de l'annulation des clauses d'exonération ou d'indemnisation.

---

<sup>83</sup> Nous soulignons.

<sup>84</sup> Cass., 22 janvier 2021, *Proximus c Interkabel Vlaanderen e.a.*, C.19.0303.N.

<sup>85</sup> Les conclusions de Mme l'avocat-général Ria Mortier présentées avant le prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021 précité mentionnent, d'ailleurs, explicitement la fourniture de vaccins comme étant une « *raison impérieuse d'intérêt général* ».

<sup>86</sup> R. JAFFERALI, *op cit.*, p. 724.