

COVID-19 : EXÉCUTION DES CONTRATS ET COVENANTS - LE « MASQUE » DE L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE

21 avril 2020

LE CONTRAT & LE CONTEXTE

Le contrat est la loi négociée des parties.

Les stipulations du contrat régissent les relations des parties et permettent d'anticiper certaines situations.

A défaut, la loi permet de suppléer à certaines carences contractuelles et imposer le respect de dispositions relevant de l'ordre public.

Et dans certaines circonstances exceptionnelles, le pouvoir réglementaire ou législatif peut intervenir en urgence pour faire face, notamment à des situations de crises financières, environnementales ou sanitaires.

Tel est le cas avec la crise sanitaire du Covid-19 et les conséquences du confinement d'une grande partie des acteurs économiques.

C'est dans ce contexte que le Parlement a adopté la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie du Covid-19, laquelle autorise le Gouvernement à prendre par ordonnances toute mesure relevant du domaine de la loi pour soutenir et adapter l'activité des entreprises pendant cette période, notamment en matière économique, fiscale et sociale (cf. Titre II de la loi art. 11).

Dans une situation déclarée « *d'état de guerre* », la présente étude vise à présenter les armes contractuelles et légales disponibles afin de justifier de l'inexécution ou de l'exécution tardive d'une obligation contractuelle. Sont exclus les contrats de travail.

1. L'ORDONNANCE N° 2020-306 DU 25 MARS 2020 MODIFIÉE LE 15 AVRIL 2020 (ORDONNANCE « DÉLAIS »)

L'ordonnance modifiée n°2020-306 du 25 mars 2020 portant diverses dispositions en matière de délais échus pendant la période d'urgence sanitaire vise à apporter de la sécurité juridique en organisant la prorogation de certains délais et la paralysie de certaines clauses¹.

Sous réserve des exclusions prévues par l'ordonnance, la période concernée par ces aménagements est celle comprise entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai d'un mois suivant la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire (soit, en l'état actuel des textes, le 23 juin 2020 à minuit) : la « *période juridiquement protégée* ».

Si les délais d'origine contractuelle ne sont pas concernés par ces mesures, et que le paiement des obligations contractuelles doit toujours avoir lieu à la date prévue par le contrat pendant la période concernée, le jeu de

certaines clauses venant sanctionner l'inexécution d'une obligation par le paiement d'une somme d'argent est paralysé pendant la période juridiquement protégée (cf. art. 4 de l'ordonnance n°2020-306 modifiée). Les astreintes, clauses pénales, clauses résolutoires et clauses de déchéance qui auraient dû produire leurs effets pendant ou après la période protégée sont ainsi suspendues et reprennent leurs effets à l'issue de cette période².

Pour autant, l'ordonnance ne libère pas le débiteur de l'obligation d'exécuter ses engagements.

Pour s'exonérer d'une obligation contractuelle, les dispositions de droit commun (force majeure, imprévision, etc.) restent néanmoins applicables, si les conditions sont réunies et sous réserve de l'appréciation des tribunaux, ce qui requiert une analyse au cas par cas.

1. Cf. Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais modifiée par l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 ; cf. circulaire de présentation des dispositions du Titre I de l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 : textes susceptibles d'être à nouveau modifiés.

2. Il conviendra de distinguer entre les clauses et les astreintes échues pendant ou après la période juridiquement protégée (cf. art. 4 de l'ordonnance modifiée n° 2020-306).

2. LA FORCE MAJEURE

A / LES CRITÈRES DE LA FORCE MAJEURE ET SES CONSÉQUENCES

L'article 1218 du code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, entré en vigueur le 1er octobre 2016 pour les contrats conclus après cette date définit la force majeure dans les termes suivants :

« Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.»

La reconnaissance d'un cas de force majeure suppose la réunion des conditions suivantes :

- l'événement doit être **imprévisible** i.e. « *événement échappant au contrôle du débiteur* » et qui ne « *pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat* » ;
- l'événement doit être **irrésistible** i.e. si « *les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées* » ;
- l'événement « *empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* ».

Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle a pour origine un cas de force majeure, le débiteur défaillant est exonéré de sa responsabilité contractuelle. L'article 1231-1 du code civil prévoit en effet que « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure* ».

B / LA NATURE DES ÉVÈNEMENTS DE LA FORCE MAJEURE

Seule la réunion, souverainement appréciée par le juge, des conditions ci-dessus posées permet de qualifier la force majeure.

Dès lors que ces conditions sont constatées par le juge, la nature des événements susceptibles d'être constitutifs de cas de force majeure comprend des situations très variées parmi lesquelles figurent, notamment (1) l'état de santé d'une personne physique, (2) le dysfonctionnement de dispositifs techniques³ et (3) des conditions climatiques exceptionnelles⁴.

La survenance du Covid-19 pose la question des conséquences des épidémies sur l'exécution des contrats et le recours à la force majeure pour tenter de suspendre ou de s'exonérer des obligations pesant sur le débiteur.

En soi, une épidémie de type grippe aviaire, Chikungunya ou Ebola n'a pas été considérée comme constitutive d'un cas de force majeure⁵. Notamment, il en est ainsi quand la situation épidémique est récurrente ou non sévère ou endémique dans certaines zones⁶.

3. Cass. com. 27/02/2007, n° 05-14304 : « ... matériel livré, conforme aux prescriptions techniques, conçu et installé pour rester stable sous l'effet d'un vent de 100 km/h, l'arrêt retient que les vents ont soufflé avec une force nettement supérieure à celle prévue par l'arrêt, d'où il se déduit que le matériel livré n'était pas en mesure de résister à cet événement imprévisible ; que, les éléments constitutifs de la force majeure ayant ainsi été constatés... »

4. Cass. crim. 24/01/2018, n° 17-86265, publié au bulletin : cyclone Maria en Martinique en 2017 ; Cass. civ. 5/05/2015, n° 14-12829 : catastrophe naturelle (violente tempête) ; Cass. crim. 21/02/2012, n° 11-85088 : « un orage de grêle constitutif d'un cas de force majeure... » ; Cass. civ. 16/09/2010, n° 09-66800 : « un épisode météorologique orageux particulièrement violent puisque accompagné de rafales de vent ayant atteint 158 km / h » ; **en sens contraire** : Cass. civ. 10/12/2014, n° 12-26361, publié au bulletin : « qu'après avoir constaté que la tempête Klaus, classée en catastrophes naturelles, était « à l'origine directe et matérielle de la chute des arbres .. » : défaut d'entretien ; Cass. civ. 2/04/2009, n° 07-22005 : « la survenance d'une tempête avait été prévue par Météo France, ce qui excluait la condition d'imprévisibilité constitutive de la force majeure » ; Cass. civ. 8/12/2004, n° 03-15541, publié au bulletin : « la tempête survenue postérieurement à cette date [26/12/1999] ne présentait pas les caractères de la force majeure ».

5. CA BESANÇON 8/01/2014, n° 12/02291 : « Tel n'est pas le cas de l'épidémie de grippe **H1N1** qui a été largement annoncée et prévue, avant même la mise en œuvre de la réglementation sanitaire derrière laquelle la SARL ATN 25 tente de se retrancher. L'examen des pièces du dossier et plus particulièrement de l'échange de correspondances entre les parties démontre par ailleurs que la SA RDL Centre Est était disposée à prendre néanmoins cet événement en considération... ».

6. CA BASSE-TERRE 17/12/2018, n° 17/00739 : « S'agissant de la présence du virus chikungunya, en dépit de ses caractéristiques (douleurs articulaires, fièvre, céphalées, fatigue, etc.) et de sa prévalence dans l'arc antillais et singulièrement sur l'île de Saint-Barthélemy courant 2013-2014, **cet événement ne comporte pas les caractères de la force majeure** au sens des dispositions de l'article 1148 du code civil. En effet, cette épidémie ne peut être considérée comme ayant un caractère imprévisible et surtout irrésistible puisque, dans tous les cas, cette maladie soulagée par des antalgiques est généralement surmontable (les intimés n'ayant pas fait état d'une fragilité médicale particulière) et que l'hôtel pouvait honorer sa prestation durant cette période ».

CA NANCY 22/11/2010, n° 09/00003 : « Les parties ont produit une documentation très complète sur la Dengue dont il ressort que cette maladie virale dite 'grippe tropicale' très répandue a été décrite pour la première fois en 1779 et sévit régulièrement depuis le début des années 1980 dans l'ensemble de la zone intertropicale Ce phénomène épidémique présente un caractère récurrent... Ces documents démontrent que l'épidémie survenue au cours de l'année 2007 ne présentait donc pas un caractère imprévisible. ».

Compte tenu de la situation et la nature même de l'actuelle épidémie, déclarée pandémie par l'Organisation Mondiale de la Santé⁷, on peut raisonnablement considérer que la force majeure sera invoquée par les cocontractants face aux difficultés d'exécution provoquées par le Covid-19. Le 28 février 2020, le ministre de l'économie français n'a-t-il pas déclaré le Covid-19 comme un cas de force majeure⁸. Reste à envisager quel pourra être l'accueil de ce moyen par le juge.

C / L'APPRECIATION JUDICIAIRE DE LA FORCE MAJEURE APPLIQUÉE AU COVID-19

Dans le monde, l'état d'urgence sanitaire a été reconnu par l'OMS le 30 janvier 2020 (cf. note de bas de page n° 7) entraînant une remise en cause majeure des échanges internationaux.

En France, dans le sillage de l'état d'urgence mondial, l'état d'urgence national a été instauré le 23 mars 2020⁹.

Et décrété quelques jours avant, le confinement national des personnes à leurs domiciles, à compter du 17 mars 2020¹⁰, a marqué le point de départ de l'arrêt de l'économie, à tout le moins d'un ralentissement économique sévère.

Ainsi, depuis le 30 janvier 2020, l'exécution des obligations, notamment financières découlant des contrats et covenants conclus avant la déclaration de l'état d'urgence sanitaire a été affectée.

Les solutions apportées par les tribunaux français ne seront pas univoques. Elles dépendront des circonstances de chaque contrat et de l'appréciation souveraine que le juge en fera quand il appliquera les conditions de la force majeure.

1 – L'imprévisibilité de la pandémie

Cette condition est définie comme un « événement échappant au contrôle du débiteur » et qui ne « pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat ».

On peut raisonnablement et provisoirement estimer qu'avant le 30 janvier 2020 (cf. note de bas de page n°7), la pandémie Covid-19 et ses conséquences ne pouvaient pas être anticipées, prévues ou connues : le virus étant nouveau, inconnu comme affectant les êtres humains, maladie sans médication ou vaccin, et échappant à tout contrôle des cocontractants eu égard à son ampleur et à sa vitesse de propagation dans le monde. Bien évidemment, cette date est susceptible de ne pas être retenue par les tribunaux selon les circonstances¹¹. Le débiteur devra donc prouver qu'il n'a pas pu anticiper les obligations sanitaires (cf. note de bas de page n°11 : re Covid-19).

Le juge apprécie le critère de l'imprévisibilité à la date de signature du contrat. Dès lors, pourront se prévaloir de cette condition remplie, les seules conventions conclues avant cette date ou celle qui sera finalement retenue *a posteriori* par les tribunaux. Pour les contrats conclus postérieurement, ce critère ne sera pas rempli et la force majeure ne pourra pas être invoquée.

2 – L'irrésistibilité de la pandémie

Cette condition est définie, par la loi, comme un événement dont « *les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées* » rendant l'exécution impossible. *A contrario*, l'événement est surmontable si des moyens appropriés permettent néanmoins l'exécution¹² (cf. supra note bas de page n°6 : re-virus chikungunya).

7. Comité d'urgence du Règlement sanitaire de l'OMS du 30 janvier 2020 a qualifié l'épidémie Covid-19 d'urgence de santé publique de portée internationale : état d'urgence sanitaire mondiale.

8. Déclaration de M. Bruno Le Maire du 28 février 2020 sur l'impact du Covid-19 : « *L'État considère le coronavirus comme un cas de force majeure pour les entreprises.* ».

9. Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 : état d'urgence sanitaire en France.

10. Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19.

11. CA COLMAR 12/03/2020, n° 20/01098 : « *L'appelant, M. Victor G., n'ayant pu être conduit à l'audience à la Cour d'appel, en raison des circonstances exceptionnelles et insurmontables, revêtant le caractère de la force majeure, liées à l'épidémie en cours de Covid-19 ; en effet, nous avons été informée en fin de matinée de ce qu'un étranger retenu au CRA de Geispolsheim présentant les symptômes de ce virus était en cours de dépistage Dès lors, ces circonstances exceptionnelles, entraînant l'absence de M. Victor G. à l'audience de ce jour revêtent le caractère de la force majeure, étant extérieures, imprévisibles et irrésistibles..* »

12. CA PARIS, 29/03/2016, n° 15/05607 : « *Considérant que la SARL Holding Savana, pour s'opposer à l'acquisition de la clause résolutoire du fait du non-paiement des loyers, soutient avoir été confrontée à un cas de force majeure -de nature à suspendre ses obligations de preneur- constitué par la propagation du virus Ebola en Afrique de l'Ouest depuis 2014 et par la montée du djihadisme qui ont provoqué une crise du secteur hôtelier au Sénégal d'où proviennent ses ressources, la contraignant à suspendre le paiement de ses loyers à partir d'octobre 2014 ;... les éléments constitutifs de la force majeure ne sont pas réunis en l'espèce ; Considérant que les obligations de la SARL Holding Savana, dont celle principale est le paiement des loyers, ont pour objet un bail à usage d'habitation et pour lieu d'exécution les lieux loués situés XXX ; que dès lors la propagation du virus Ebola en Afrique de l'Ouest et la présence du djihadisme au Sénégal ne rendent pas l'exécution des obligations du preneur impossible ; ».*

Dans ces conditions, peut-on considérer que la pandémie Covid-19 est irrésistible, c.-à-d. insurmontable et ayant empêché l'exécution du contrat ou de l'obligation ?

La réponse à cette question va principalement dépendre de la nature du contrat, de l'obligation en jeu et des circonstances matérielles entourant la situation des parties.

À ce stade de la pandémie, on constate (1) l'absence de traitement de la maladie et (2) son caractère parfois irréversible et mortel. Cette situation pourrait, dans certains cas, caractériser le caractère irrésistible requis par la force majeure, sauf la survenance d'un traitement validé scientifiquement (cf. note de bas de page n°6 : re virus chikungunya).

S'agissant de l'exécution d'un contrat comportant des **obligations financières** mises à la charge de l'une des parties, par principe, la jurisprudence considère que **la force majeure ne trouve pas à s'appliquer**¹³. Le remboursement des échéances prévues dans les contrats de prêt ou covenants bancaires ou obligataires n'est ainsi pas suspendu, sauf à ce qu'une stipulation spécifique figure au contrat. Le retard dans l'exécution des paiements ne sera en revanche pas sanctionné (cf. supra chap. 1)

Suivant la même logique, dans les opérations de M&A, la force majeure ne devrait être d'aucun secours entre la signature du protocole de cession de titres (*signing*) et la réalisation définitive de l'opération (*closing*), sauf lorsque le protocole prévoit la tenue d'une réunion physique entre les parties pour le *closing*. Dans ce cas, les mesures de confinement sont susceptibles de constituer un cas de force majeure empêchant la réalisation du *closing*.

L'impossibilité de tenir le *closing* dans le délai contractuellement prévu entraîne-t-elle le report de ce dernier ou l'annulation de l'opération ?

Si l'empêchement est uniquement lié aux mesures sanitaires mises en place, leur caractère nécessairement temporaire ne devrait entraîner qu'une suspension des obligations et permettre un report du *closing*.

Dans l'hypothèse où une date butoir aurait été stipulée pour la réalisation définitive de l'opération (i.e. date au-delà de laquelle le protocole de cession est résilié de plein droit en cas de non-réalisation de l'opération) et où une ou plusieurs conditions suspensives ne pourraient être satisfaites à cette date en raison des mesures sanitaires ou de la prorogation de certains délais (administratifs notamment) résultant des ordonnances du 25 mars 2020, une renégociation de la date butoir devrait être l'option à privilégier entre les parties, étant rappelé que la bonne foi et la loyauté doivent toujours présider à l'exécution d'un contrat, notamment de la part du débiteur de l'obligation (article 1104 du code civil).

L'acquéreur qui considérerait que la crise du Covid-19 a un impact significatif sur l'équilibre économique de l'opération pourra être tenté d'en obtenir l'annulation, ou à tout le moins une révision du prix, sur d'autres fondements :

- contractuellement, les parties peuvent avoir conditionné la réalisation de l'opération à l'absence de survenance d'un événement significatif défavorable entre le *signing* et le *closing*. En fonction de la rédaction d'une telle clause, l'acquéreur pourrait valablement renoncer à acheter.

- légalement, un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat qui en rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie peut permettre la renégociation du contrat, et en cas d'échec de celle-ci, sa résolution (cf. infra chap. 3). Néanmoins, les parties excluent souvent l'application de cette disposition légale (article 1195 du code civil) par une clause contractuelle. En outre, ce mécanisme n'est plus applicable aux cessions de titres de sociétés par actions depuis le 1er octobre 2018.

Ainsi, pour toute personne qui souhaiterait s'exonérer d'une obligation contractuelle sur le terrain de la force majeure, l'enjeu sera de parvenir à démontrer que, dans les faits, les mesures en vigueur pendant l'état d'urgence sanitaire en ont empêché l'exécution.

13. Cass. com. 16/09/2014, n° 13-20306, publié au bulletin : « M. X... fait grief à l'arrêt de l'avoir condamné à payer à la banque la somme de 43 566,64 euros avec les intérêts, alors, selon le moyen, que la force majeure permet au débiteur de s'exonérer de l'exécution des obligations nées du contrat tant qu'elle fait obstacle à cette exécution ;Mais attendu que le **débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de ce cette obligation en invoquant un cas de force majeure** ; que par ce moyen de pur droit, l'arrêt se trouve légalement justifié . ».

Dans l'appréciation du caractère irrésistible par les juges, il sera aussi vraisemblablement tenu compte des possibilités pour l'entreprise d'avoir recours aux moyens de soutien financier mis en place par le Gouvernement (ex. crédit de trésorerie, découverts, facilités de caisse avec la garantie de l'État¹⁴).

En toutes hypothèses, le juge procédera à un examen des comptes annuels et, plus particulièrement, des résultats d'exploitation pour s'assurer que l'entreprise pouvait ou non surmonter les conséquences financières du blocage de l'activité économique¹⁵ (e.g. grippe aviaire ; virus Ebola).

Dans les contrats internationaux, notamment de vente, une partie pourra aussi invoquer « *un empêchement indépendant de sa volonté* », équivalent à la force majeure conformément à l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationales dès lors que cette disposition n'aura pas été évincée par le contrat¹⁷.

D / INDÉPENDANCE DE LA FORCE MAJEURE

Régie par la loi et appliquée par le juge du fond dont le pouvoir est souverain dans son appréciation, en France, la force majeure est autonome et ne dépend pas de l'appréciation des autorités nationales ou internationales (cf. supra p. 4).

Cependant, afin de conforter les critères de la force majeure, les contractants pourront toujours attirer l'attention du juge sur les circonstances entourant l'événement et la qualification qu'en auraient fait les pouvoirs publics ou les instances internationales, sauf la possibilité pour le législateur français de

retenir l'événement comme cas de force majeure que le juge sera tenu alors prendre en considération.

E / LES CONSÉQUENCES DE LA FORCE MAJEURE

Selon l'article 1218 du code civil : « *Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.* ».

Empêchement temporaire - Dans la majorité des cas, pour une entreprise, l'événement du Covid-19 sera constitutif d'un empêchement temporaire. La fin de l'épidémie marquant la reprise des relations d'affaires et la poursuite des contrats, sauf le cas d'une procédure collective intervenue entretemps de nature à perturber la relation contractuelle. Cette suspension permettra seulement, le cas échéant, d'éviter les intérêts moratoires ou de retard ou les pénalités.

Empêchement définitif - En revanche, « *si l'empêchement est définitif* », le juge pourra mettre un terme aux relations contractuelles. Et « *les parties sont libérées de leurs obligations* ». Il faudra être attentif pour qu'une suspension, préservant le contrat, ne dégénère pas en résolution de plein droit du contrat dans l'hypothèse où l'événement se prolonge indûment. Cette prolongation pourrait être de nature à avoir des conséquences dommageables sur l'autre partie la conduisant à solliciter la résolution du contrat au détriment du bénéficiaire de la force majeure « *suspensive* ».

14. Loi n° 2020-289 du 23/03/2020 de finance rectificative pour 2020 ; arrêté du 23/03/2020, JO du 24/03/2020.

15. CA TOULOUSE, 3/10/2019, n° 19/01579 : « *La force majeure est une circonstance exceptionnelle, étrangère à la personne de celui qui l'éprouve, qui a eu pour résultat de l'empêcher d'exécuter les prestations qu'il devait à son créancier, elle doit présenter trois caractères cumulatifs, elle doit être imprévisible, insurmontable et irrésistible. M. Z invoque l'épisode de grippe aviaire de 2016. Cet épisode a directement affecté deux élevages pendant la période de placement dans le périmètre de sécurité sanitaire, toute transaction commerciale a été interdite, et cette interdiction a eu un impact financier important sur l'année 2017. Les bilans produits mettent en évidence les résultats d'exercice suivants : année 2015 : -10.352,00 euros ; année 2016 : + 3.533,00 euros ; année 2017 : - 2.907,00 euros ; et les comptes de résultat, les éléments suivants : ventes : année 2015 : 49.990,00 euros ; année 2016 : 65.688,00 euros ; année 2017 : 56.740,00 euros. Il ressort de ces éléments, que l'épisode de grippe aviaire de 2016 n'a pas affecté directement l'exploitation de Monsieur Z ..., qu'il a eu pour seul impact de prolonger la période d'intégration et de subir une période de vide sanitaire plus longue. Il n'a pas affecté l'exploitation d'élevage bovin, son impact sur les résultats de l'exploitation n'établit pas qu'il présentait un caractère insurmontable et irrésistible susceptible de lui conférer la qualification d'événement de force majeure.*».

16. CA PARIS, 17/03/2016, n° 15/04263 : « *Considérant qu'en l'espèce le non-paiement des cotisations est imputée, par la société appelante qui n'en justifie pas, à une absence de trésorerie dont la société appelante indique, sans en justifier là encore, qu'elle serait imputable à la baisse d'activité de deux de ses filiales relevant du secteur hôtelier à la suite de l'épidémie du virus EBOLA ; Considérant néanmoins que le caractère avéré de l'épidémie qui a frappé l'Afrique de l'Ouest à partir du mois de décembre 2013, même à la considérer comme un cas de force majeure, ne suffit pas à établir ipso facto que la baisse ou l'absence de trésorerie invoquées par la société appelante, lui serait imputable, alors d'une part qu'aucun bilan concernant la Holding et ses filiales n'est produit et, d'autre part, que l'attestation de Monsieur Z A, Directeur Général de l'une des sociétés citées en tant que filiales, fait précisément état du versement des redevances en 2014 et en 2015 à la société appelante à hauteur d'un montant total de 45 109 euros, somme couvrant largement le montant des cotisations appelées au titre du 3e trimestre 2014 ; ».*

17. Art. 79 cvim : « *Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.*».

Et conformément à l'article 1351 du code civil, « *L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure.* » Le cas échéant, en fonction de la nature des obligations contractuelles et selon l'utilité des prestations, des restitutions sont susceptibles d'intervenir en cas de résolution de la convention (cf. art. 1229 du code civil).

Enfin, la force majeure ne sera prise en compte que

si un lien de causalité existe entre l'événement et l'impossibilité d'exécuter l'obligation.

Bien évidemment, la force majeure ne pourra pas être invoquée par un cocontractant si le contrat l'exclut.

À défaut de pouvoir invoquer un cas de force majeure, notamment quand l'exécution n'est pas impossible, comme dans le cas des obligations financières, il sera alors possible de recourir, le cas échéant, à l'imprévision¹⁸.

3. L'IMPRÉVISION

Aux termes de l'article 1195 du code civil¹⁹ :

« *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.* »

« *En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.* ».

L'article L.211-40-1 du code monétaire et financier exclut cependant du champ d'application de l'imprévision les obligations qui résultent d'opérations sur les instruments financiers, c.-à-d. sur les titres et contrats financiers mentionnés à l'article L.211-1 du code monétaire et financier.

Ceci étant exposé, la question qui se pose en matière d'imprévision est de savoir si matériellement ou financièrement la survenance de l'épidémie du Covid-19 rend l'exécution de l'obligation « *excessivement onéreuse*²⁰».

En d'autres termes, le contrat n'est pas compromis mais son exécution, notamment financière, est très difficile²¹.

La condition de l'imprévisibilité de la force majeure doit être remplie mais pas celle de l'irrésistibilité. Il faut souligner que la condition d'une exécution « *excessivement onéreuse* » est délicate à appréhender : l'appréciation est subjective et peut conduire à des solutions contrastées, voire inégalitaires.

Ces conditions remplies, le débiteur de l'obligation doit poursuivre l'exécution du contrat, et notamment les obligations financières.

Le débiteur de l'obligation devra mettre en œuvre la procédure énoncée à l'article 1195 du code civil : (1) demande de renégociation amiable, (2) et, à défaut d'accord, notamment pour mettre un terme au contrat, (3) la partie ayant intérêt devra saisir le juge pour « *réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

Il n'est pas certain que ce procédé dans sa phase judiciaire soit le plus pertinent en termes de délais et d'efficacité. Mais dans sa phase de négociation, « *dans un délai raisonnable* », il peut produire des effets appréciables car les parties voudront éviter, si possible, la phase judiciaire.

Mais, tout comme pour la force majeure, le contrat ne devra pas avoir écarté l'application de l'article 1195 du code civil. Corrélativement, afin d'anticiper toutes déconvenues, il est fortement recommandé, chaque fois que cela est possible, de négocier et d'inclure des clauses aménageant à la fois la force majeure et l'imprévision.

18. Selon sa situation, l'entreprise pourra aussi recourir aux procédures de prévention.

19. Art. 1195 c. civ. entré en vigueur le 1/10/2016 et applicable aux contrats conclus à compter de cette date.

20. Le changement de circonstances peut être soit économique ou financier, soit juridique voire politique.

21. Cass. com. 17/02/2015, n° 12-29550 : « *les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions relatives au hardship ; qu'il y a **hardship** lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations,.... pour considérer que l'augmentation exceptionnelle du coût des matières premières ne constituait pas un cas de **hardship**, la cour d'appel a énoncé que la société Dupiré Invicta industrie « **assumait le risque que l'exécution de sa prestation devienne plus onéreuse**.... Mais attendu que l'arrêt retient que la société Dupiré Invicta industrie, qui produit aux débats une documentation sur le cours mondial des matières premières ainsi que diverses lettres de ses fournisseurs annonçant des hausses de prix de 4 % à 16 %, et qui évoque la **nécessité corrélative d'augmenter le prix des marchandises facturées** à la société Gabo en raison de la diminution de 58% de sa marge brute, ne rapporte pas la preuve de l'augmentation du coût de l'exécution de ses obligations au titre du contrat du 12 février 2001, **ni d'une situation qui a altéré fondamentalement l'équilibre des prestations et constituant un cas de **hardship****... ».*

4. FORCE À LA LOI CONTRACTUELLE

Dans un tel contexte d'incertitude sanitaire, économique et judiciaire, il est conseillé, pour l'avenir, de négocier l'inclusion de clauses spécifiques permettant d'appréhender ces questions essentielles.

Ne pas anticiper ces sujets risque d'être très préjudiciable en cas de crise sévère comme celle du Covid-19. Il est préférable de s'en remettre à la loi du contrat plutôt qu'à (1) la bonne volonté d'un cocontractant toujours enclin à défendre ses propres intérêts, (2) une interprétation du juge toujours aléatoire ou (3) une décision gouvernementale ou législative par nature indéterminable.

Il apparaît, dès lors, opportun de stipuler une clause de force majeure pour faciliter son application et la prise en compte d'une meilleure protection par rapport à la définition légale de l'article 1218 du code civil.

Mais aussi de stipuler une clause d'imprévision pour atténuer la rigueur des critères de l'article 1195 du code civil.

Il est utile même envisager la conception de clause standard « pandémie » de type « boilerplate » pour tirer les leçons de la crise actuelle.

Dans l'intervalle, il conviendra **d'agir sans délai** avec son partenaire contractuel pour anticiper la situation avant qu'elle ne devienne irréversible. Ainsi dans les contrats de type financier, il sera indiqué de prendre contact avec le partenaire financier pour engager rapidement le dialogue et négocier une possible solution, que celle-ci relève du contrat (avenant au contrat), de la médiation (e.g. médiateur du crédit et médiateur du crédit de l'établissement de crédit) ou des procédures préventives (e.g. conciliation, mandat ad hoc, sauvegarde). Ceci est d'autant plus recommandé que ces contrats contiennent fréquemment une MAC clause (e.g. Material adverse change clause) permettant au créancier d'exiger, avec effet immédiat, le remboursement anticipé des sommes prêtées en cas d'événement susceptible d'avoir un impact défavorable significatif sur l'emprunteur.

CONCLUSION

Pour pouvoir invoquer la force majeure, les contrats doivent avoir été conclus antérieurement à la survenance de la pandémie.

La crise du Covid-19 est susceptible de constituer un cas de force majeure apprécié souverainement par le juge de nature à (1) suspendre l'exécution du contrat ou de l'obligation affectée par la crise actuelle (empêchement temporaire), voire (2) entraîner la résolution du contrat (empêchement définitif).

Cependant, la force majeure est exclue des contrats comportant des obligations financières.

Pour ces derniers, le recours à l'imprévision apparaît plus adaptée en présence d'une exécution contractuelle « *excessivement onéreuse* » que le débiteur devra continuer à assumer le temps de la négociation, sauf accord entre les parties. Étant précisé que l'imprévision est écartée pour les obligations qui résultent d'opérations sur les instruments financiers (cf. art. L.211-40-1 CMF).

Bien évidemment, ces deux possibilités offertes aux contractants ne devront pas avoir été exclues par le contrat.

La crise du Covid-19 a le mérite de souligner l'importance rédactionnelle des conventions qui constituent la loi des parties. Ainsi, après un audit contractuel pour apprécier dans quelle mesure la force majeure ou l'imprévision peuvent être mise en œuvre pour les contrats en cours, on s'attachera pour l'avenir à une rédaction spécifique de clauses permettant d'appréhender ces nouveaux risques dans des conditions de sécurité juridique améliorées (e.g. MAC clause).

Cette revue de l'urgence contractuelle en période de pandémie n'a pas vocation à être retenue et appliquée telle quelle. Il s'agit d'une approche générale et incomplète exclusive de toute situation contractuelle particulière. Sur son seul fondement, aucune signature, décision, action ou exécution ne peut être mise en œuvre en l'état.



Cataldo Cammarata
Avocat Associé
Pôle Corporate / M&A
c.cammarata@squadra-avocats.com



Stéphanie Gérard
Avocate Associée
Pôle Corporate / M&A
s.gerard@squadra-avocats.com