

Les relations d'affaires à l'épreuve du Covid-19

SOMMAIRE

- P.26 Difficultés d'exécution du contrat en raison de l'épidémie : les premiers contrôles à effectuer
- P.28 Les outils de droit commun pour faire face aux conséquences de l'épidémie
- P.35 Les outils temporaires de la loi d'urgence sanitaire pour faire face aux conséquences de l'épidémie

Elisabeth Flaicher-Maneval, avocat conseil au sein du département de Doctrine juridique de CMS Francis Lefebvre Avocats, suit principalement les problématiques de droit de la concurrence, droit de la distribution et droit des contrats. Elle est coauteur de la rubrique « Ententes et abus de domination » du Mémento Concurrence-Consommation.



ELISABETH FLAICHER-MANEVAL
Avocat conseil
CMS Francis Lefebvre
Avocats

Claire Flatrès exerce au sein du cabinet CMS Francis Lefebvre Avocats. Elle intervient, tant en conseil qu'en contentieux, en droit des contrats, droit international privé et droit commercial (notamment, cession de fonds de commerce, distribution, franchise, agence commerciale et rupture brutale de relations commerciales établies).



CLAIRE FLATRÈS
Avocat CMS Francis
Lefebvre Avocats

20 Difficultés d'exécution du contrat en raison de l'épidémie : les premiers contrôles à effectuer

Les entreprises qui ne peuvent pas exécuter leurs obligations contractuelles ont plusieurs outils à leur disposition : mécanismes de droit commun ou textes dérogatoires liés à la crise sanitaire. Comment adopter la stratégie juridique la plus appropriée à chaque situation ? E. Flaicher-Maneval et C. Flatrès dressent une liste des premières vérifications à opérer avant toute décision.

1 En raison de la pandémie liée au Covid-19 et des mesures administratives inédites, restrictives de liberté, prises par les autorités publiques pour limiter la propagation du virus sur le territoire national, la plupart des acteurs économiques se trouvent dans l'impossibilité totale ou partielle d'exécuter leurs obligations contractuelles. Avant de s'interroger sur les outils disponibles pour tenter d'échapper aux conséquences juridiques d'une inexécution contractuelle, une lecture attentive des stipulations contractuelles s'imposera dans tous les cas.

I. Vérifications pouvant être opérées dans tous les cas

Le contrat est-il soumis au droit français ?

2 D'emblée, il appartiendra aux parties de rechercher si le droit français est applicable au contrat ou à la relation d'affaires en cause (en application d'une clause de choix de la loi applicable figurant au contrat conclu ou en vertu des règles de conflit de lois). Si le droit français régit la relation commerciale, plusieurs outils - relevant du

droit commun mais aussi du droit dérogatoire issu des ordonnances prises par le Gouvernement en application de la loi 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 - pourront alors être utilisés par les parties pour remédier aux difficultés contractuelles engendrées par les circonstances exceptionnelles actuelles.

Le contrat a-t-il été conclu ou renouvelé avant ou après le 1^{er} octobre 2016 ?

3 La réponse aura une incidence, parfois majeure, sur les outils légaux auxquels les parties pourront recourir compte

tenu de l'entrée en vigueur, le 1^{er} octobre 2016, des dispositions de l'ordonnance réformant le droit des contrats.

On relèvera à titre d'exemple que l'article 1195 du Code civil relatif à la renégociation du contrat pour imprévision n'est applicable qu'aux contrats conclus ou renouvelés depuis le 1^{er} octobre 2016 (voir BRDA 11/20 inf. 21 n^{os} 23 s.).

Le contrat a-t-il été récemment conclu (notamment, entre décembre 2019 et février 2020) ?

4 Dans le contexte actuel, la date de conclusion du contrat sera d'une importance capitale dans la mesure où elle permettra, notamment, d'apprécier le caractère imprévisible ou non des événements à l'origine des difficultés d'exécution du contrat et, ainsi, de retenir ou non la caractérisation d'un événement de force majeure ou de solliciter ou non une renégociation du contrat pour imprévision (sur ces dates, voir BRDA 11/20 inf. 21 n^o 10).

Que peut faire un fournisseur dans l'impossibilité de livrer ses produits en raison de la fermeture de son centre de production pour des impératifs sanitaires ?

5 Il convient, avant toute chose, de vérifier si le contrat comporte des dispositions particulières relatives à la force majeure. La liberté contractuelle des parties leur permet en effet de prévoir leur propre définition de la force majeure et, notamment, d'exclure expressément qu'une crise sanitaire ou que des décisions des pouvoirs publics puissent les libérer de leurs obligations (voir BRDA 11/20 inf. 21 n^{os} 3 s.).

A défaut de stipulation particulière, il conviendra de s'interroger, dans chaque cas, sur la réunion ou non des conditions légales de caractérisation d'un événement de force majeure (C. civ. art. 1218) :

- Est-ce que la pandémie/les mesures gouvernementales échappent au contrôle du contractant ?
- Est-ce que la pandémie pouvait être raisonnablement prévue au moment de la conclusion du contrat ?
- Était-il possible d'éviter les difficultés d'exécution par des mesures appropriées, ou bien l'exécution de l'obligation a-t-elle été radicalement empêchée (temporairement ou définitivement) (pour une étude détaillée de ces conditions, voir BRDA 11/20 inf. 21 n^o 7 s.) ?

La qualification par le Gouvernement de la pandémie d'événement de force majeure autorise-t-elle la suspension ou l'interruption de l'exécution des obligations contractuelles ?

6 La pandémie de Covid-19 ou les mesures gouvernementales apparentées au « fait du prince » ne peuvent pas, « par nature », être qualifiées a priori d'événements de force majeure.

Comme tout événement, elles ne pourront emporter cette qualification que si elles réunissent l'ensemble des critères légaux dont l'appréciation est laissée au pouvoir souverain des juges, au cas par cas (pour une étude détaillée de ces critères, voir BRDA 11/20 inf. 21 n^{os} 7 s.).

La force majeure permet-elle de ne pas honorer une obligation de payer une somme d'argent ?

7 D'une manière générale, les entreprises impactées par les conséquences économiques de la crise liée au Covid-19 ne sauraient invoquer les difficultés financières qu'elles rencontrent pour ne pas payer la prestation exécutée par leur cocontractant. A défaut de paiement dans le délai convenu, elles s'exposent aux sanctions classiques de l'inexécution ainsi qu'au versement notamment des pénalités de retard exigibles au titre de la réglementation sur les délais de paiement (voir BRDA 11/20 inf. 21 n^{os} 14 s.).

Quels sont les effets d'un événement de force majeure sur l'obligation du débiteur empêché ?

8 Ces effets seront, le cas échéant, ceux prévus par la clause de force majeure. En l'absence d'une telle clause, ces effets différeront selon la durée de l'empêchement (C. civ. art. 1218, al. 2). Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation sera juste suspendue, s'il est au contraire définitif et total, le contrat sera résolu de plein droit et les parties seront alors libérées de leurs obligations (pour une étude détaillée de ces effets, voir BRDA 11/20 inf. 21 n^{os} 18 s.).

Que peut faire un fournisseur lié par un contrat conclu après le 1^{er} octobre 2016, alors que les circonstances actuelles rendent la livraison excessivement onéreuse ?

9 Lorsque l'exécution d'une obligation devient excessivement onéreuse, il est possible d'inviter son cocontractant à renégocier les termes du contrat. Ici, de deux choses l'une :

- ou bien le contrat comporte une clause relative à l'imprévision qui organise les modalités d'une renégociation ou au contraire exclut expressément toute révision pour imprévision ou l'application même du dispositif légal prévu par l'article 1195 du Code civil et cette clause doit être respectée (voir BRDA 11/20 inf. 2 n^o 25) ;
- ou bien le contrat ne comporte aucune stipulation particulière relative à l'imprévision, et dans ce cas - sauf à envisager une renégociation purement amiable - une renégociation des termes du contrat pourra être envisagée selon les modalités de l'article 1195 pour autant que les conditions de son application sont réunies (voir BRDA 11/20 inf. 21 n^{os} 23 s.).

Quel outil légal peut invoquer la partie qui n'a plus intérêt à ce que la contre-prestation soit exécutée en raison des effets des mesures administratives prises pour lutter contre le Covid-19 ?

10 Lorsque la raison d'être même d'une obligation disparaît, le recours à la notion de caducité pourrait s'avérer utile (C. civ. art. 1186) (voir BRDA 11/20 inf. 2 n^{os} 29 s.).

Un fournisseur est-il tenu de continuer à livrer des produits non alimentaires à un client qui n'a pas réglé les précédentes livraisons ?

11 Il sera possible de recourir dans ce cas au mécanisme de l'exception d'inexécution (C. civ. art. 1217, 1219 et 1220) qui autorise sous certaines conditions le créancier insatisfait à refuser d'exécuter ou à suspendre l'exécution de sa propre obligation lorsque son cocontractant n'exécute pas ses obligations (voir BRDA 11/20 inf. 2 n^o 30).

Que peut faire le client d'un fournisseur qui, victime d'une rupture d'approvisionnement en matières premières occasionnée par les conséquences du Covid-19, n'a livré que partiellement les marchandises commandées ?

12 En cas d'exécution imparfaite d'un contrat conclu après le 1^{er} octobre 2016, le créancier peut notifier à son cocontractant sa décision de réduire le prix de manière proportionnelle à la double condition d'avoir préalablement mis en demeure son débiteur et de ne pas avoir encore payé tout ou partie de la prestation (C. civ. art. 1223) (voir BRDA 11/20 inf. 2 n^o 31).

II. Vérifications liées à l'application éventuelle d'une ordonnance « Covid-19 »

13 La loi 2020-290 du 23 mars 2020 « d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 » déclarant l'état « d'urgence sanitaire » sur le territoire national a habilité le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnances, toutes les mesures nécessaires pour faire face aux conséquences de la pandémie, et en particulier celles « modifiant, dans le respect des droits réciproques, les obligations des personnes morales de droit privé exerçant une activité économique à l'égard de leurs clients et fournisseurs (...) notamment en termes de délais de paiement et pénalités et de nature des contreparties ».

14 A ce titre, l'ordonnance 2020-306 du 26 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire apporte des dérogations temporaires (« période juridiquement protégée » allant du 12 mars 2020 au 23 juin 2020 inclus) notamment :

- au jeu des astreintes et clauses contractuelles sanctionnant l'inexécution d'une obligation (Ord. art. 4) ;

– à l'accomplissement de certains actes prescrits par la loi, mais à l'exclusion des obligations contractuelles (Ord. art. 2). Dans ce cadre, les contractants peuvent se poser les questions suivantes.

Quels risques encourt celui qui n'exécute pas, pendant la « période juridiquement protégée », ses obligations dans le délai prévu, alors que le contrat sanctionne cette inexécution ?

15 Les effets de la clause sanctionnant l'inexécution seront suspendus. Néanmoins, cette neutralisation n'a pas pour effet de différer la date d'exigibilité des obligations. En conséquence, en cas d'inexécution, le créancier pourra toujours recourir à certains mécanismes de sanction prévus par le droit commun comme l'exception d'inexécution ou l'exigibilité des intérêts légaux pour retard de paiement (voir BRDA 11/20 inf. 22 n° 4).

Les parties peuvent-elles évincer le mécanisme de neutralisation des astreintes et clauses contractuelles prévu par l'ordonnance 2020-306 ?

16 La réponse à cette question est sujette à discussion (voir BRDA 11/20 inf. 22 n° 4).

L'obligation de conclure une convention écrite dans les deux mois de la commercialisation des produits et services saisonniers (C. com. art. L 441-3, IV) pourrait-elle bénéficier du mécanisme de report (Ord. 2020-306 art. 2) et être valablement différée ?

17 Il n'y a, à ce jour, pas de réponse certaine. Une réponse affirmative pourrait toutefois être défendue dans la mesure où l'obligation de contractualiser la relation commerciale par écrit en respectant un certain formalisme et un délai résulte d'une prescription légale répondant au premier critère posé par l'ordonnance, et le non-respect de cette prescription légale est passible d'une amende administrative (C. civ. art. L 441-6), ce qui satisfait le second critère posé par l'ordonnance (voir BRDA 11/20 inf. 22 n° 7).

21 Les outils de droit commun pour faire face aux conséquences de l'épidémie

Force majeure, imprévision, exception d'inexécution... Le droit français des obligations offre des ressources aux entreprises empêchées de faire face à leurs obligations contractuelles par la crise sanitaire et les mesures prises par le Gouvernement. Comment bien les utiliser ? Les réponses de E. Flaicher-Maneval et C. Flatrès.

1 Le droit commun des obligations offre une large palette d'outils juridiques permettant aux opérateurs économiques, qui se trouvent dans l'impossibilité totale ou partielle de poursuivre leurs relations contractuelles dans les conditions envisagées, d'échapper à leur responsabilité ou d'aménager leurs obligations.

I. La force majeure : l'exécution impossible

2 Lorsque l'exécution d'une obligation contractuelle est devenue impossible - que ce soit provisoirement ou définitive-

ment - la partie empêchée pourra tenter de s'exonérer de toute responsabilité contractuelle en se prévalant d'un cas de force majeure (C. civ. art. 1218).

A. L'AMÉNAGEMENT CONTRACTUEL DE LA FORCE MAJEURE

3 Les règles relatives à la force majeure n'étant pas d'ordre public, il conviendra avant tout de vérifier si le contrat contient ou non une clause relative à la force majeure.

En effet, les parties peuvent tout à fait avoir prévu les **événements** qu'elles considèrent comme **constitutifs d'un cas**

de force majeure (faits de la nature ou d'un tiers, notamment un fournisseur ou un sous-traitant, décision d'une autorité publique s'apparentant au fait du prince, événement politique ou social, etc.) pour atténuer (clause d'élargissement des cas de force majeure) ou au contraire aggraver leur responsabilité (clause stipulant que la survenance de tel événement ne pourra constituer un cas de force majeure). Aussi, l'épidémie liée au Covid-19 et les mesures gouvernementales pourront être, selon les termes de la clause, une cause de la mise en œuvre de la clause.

4 Par ailleurs, lorsqu'un cas de force majeure est avéré, les parties peuvent

également en avoir déterminé les **effets**. On songe, par exemple, à la suspension de certaines obligations contractuelles pour une période déterminée à l'issue de laquelle le contrat pourrait être automatiquement résilié si l'obligation affectée ne peut toujours pas être exécutée en raison de l'événement de force majeure. De même, les parties pourront avoir prévu une **procédure** de notification de l'événement constitutif de force majeure.

5 En application du principe de la **force obligatoire du contrat**, lorsque la clause est appelée à jouer, les modalités de sa mise en œuvre et les effets qu'elle produit seront ceux arrêtés par les parties. Ainsi, la seule survenance de l'événement visé constituera la force majeure et emportera les conséquences prévues par les parties sans qu'il y ait lieu de rechercher si le fait répond aux critères légaux de l'article 1218 du Code civil (nos 9 s.) (Cass. com. 8-7-1981 n° 79-15.626 : doit être délié de ses obligations le débiteur qui ne peut s'exécuter en raison d'obstacles rencontrés par lui et devant être assimilés à la force majeure conformément à la convention). Une application précise des termes du contrat s'imposera d'autant plus que les juges se montrent particulièrement stricts dans l'appréciation des clauses relatives à la force majeure. Ainsi a-t-il été jugé que, si une clause énumère comme cas de force majeure l'arrêt des approvisionnements en matières premières, le cas de simple raréfaction n'entraîne qu'une réduction correspondante des livraisons de produits et ne peut être qualifié de force majeure (CA Versailles 31-3-2011 n° 09/09728).

6 Une **clause** de force majeure qui envisagerait de trop **nombreux cas de force**

majeure pourrait toutefois être contestée et réputée non écrite sur le fondement de l'article 1170 du Code civil en ce qu'elle priverait de sa substance l'obligation essentielle du débiteur.

B. QUELS SONT LES CRITÈRES LÉGAUX DE LA FORCE MAJEURE ?

7 A **défaut de stipulation relative à la force majeure**, le débiteur empêché pourra invoquer l'article 1218 du Code civil, selon lequel 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 ». Pour être constitutif de force majeure, l'événement doit donc réunir **trois critères cumulatifs** : échapper au contrôle du débiteur, être imprévisible et être irrésistible.

Pour les contrats conclus antérieurement au 1^{er} octobre 2016, il conviendra de se référer à la définition prétorienne retenue sur le fondement de l'ancien article 1148 du Code civil.

8 La **pandémie de Covid-19 ou les mesures administratives contraignantes** peuvent-elles être qualifiées de force majeure ? A titre liminaire, il convient de relever que la pandémie ou les mesures gouvernementales apparentées au « fait du prince » ne peuvent, « par nature », être qualifiées d'événements de force majeure. Comme tout autre événement, elles ne pourront emporter cette qualification

que si elles réunissent l'ensemble des **critères légaux** dont l'existence est **appréciée souverainement par les juges**, au cas par cas. En d'autres termes, c'est aux juges qu'il reviendra d'apprécier pour chaque contrat l'effet concret de l'événement invoqué sur l'exécution par le débiteur de ses obligations.

Un événement échappant au contrôle du débiteur

9 A l'exigence d'extériorité dégagée par la jurisprudence sous l'empire de l'ancien article 1148 du Code civil le législateur de 2016 a substitué le critère de l'événement « échappant au contrôle du débiteur ». Cette condition, plus large que celle d'extériorité, permet de qualifier davantage d'événements de cas de force majeure, ce qui, dans les circonstances actuelles, pourrait pour certains, être particulièrement bienvenu. A titre d'exemple, la **maladie**, qui n'est pas, par définition, extérieure au débiteur, échappe, en principe, à son contrôle. A priori, le Covid-19 et les mesures de police adoptées devraient satisfaire ce critère dans la plupart des cas.

Un événement raisonnablement imprévisible

10 L'événement doit en outre avoir été raisonnablement imprévisible lors de la conclusion du contrat. Cette appréciation dépend, en pratique, de la **date de conclusion du contrat** (ou de celle de son renouvellement ou de sa tacite reconduction). A cet égard, certaines dates pourront servir de référentiels aux parties et aux juges chargés de résoudre les contentieux en la matière :

Date	Événement
Décembre 2019	Apparition du virus en Chine (date initialement avancée)
30 janvier 2020	L'Organisation mondiale de la santé (OMS) déclare que l'émergence du Covid-19 constitue une « urgence de santé publique de portée internationale »
28 février 2020	Le ministre de l'économie et des finances déclare que « pour tous les marchés publics de l'Etat, si jamais il y a un retard de livraison de la part des PME ou des entreprises, nous n'appliquerons pas de pénalité ». Le Covid-19 sera « considéré comme un cas de force majeure pour les entreprises »
29 février 2020	Passage du stade 1 au stade 2 de gestion de l'épidémie en France
4, 9 et 13 mars 2020	Arrêtés interdisant les rassemblements en France
11 mars 2020	L'OMS qualifie le Covid-19 de pandémie
14 mars 2020	Passage en stade 3 de gestion de l'épidémie en France
16 mars 2020	Décret 2020-260 ordonnant le confinement à partir du 17 mars 2020

Si les différentes déclarations des gouvernements et organisations internationales peuvent servir d'**indicateurs**, elles devront néanmoins être appréhendées avec précaution dans la mesure où la reconnaissance d'un cas de force majeure dans les rapports contractuels de droit privé relève, comme on l'a vu, de l'appréciation souveraine des juges. Aussi, l'appréciation du caractère imprévisible d'une mesure administrative pourrait varier sensiblement d'un **secteur économique** à l'autre, d'une activité commerciale à l'autre, d'un contrat à l'autre.

A noter que le critère d'imprévisibilité ne dépendra pas uniquement de la date de conclusion du contrat mais aussi d'éléments de **territorialité**, comme le lieu d'exécution de la prestation.

Compte tenu des conséquences particulièrement exceptionnelles du Covid-19 (vitesse de propagation et virulence du virus ; ampleur et caractère inédit des mesures administratives adoptées), il est permis de penser que, en dehors des contrats récemment conclus ou renouvelés, la condition d'imprévisibilité sera vraisemblablement réunie dans la plupart des cas.

Un événement rendant impossible l'exécution d'une obligation

11 La reconnaissance du caractère imprévisible d'un événement ne suffira pas à emporter la qualification de force majeure. Son caractère irrésistible devra encore être établi, ce qui supposera que le débiteur démontre concrètement l'impossibilité absolue d'exécuter son obligation. C'est, en effet, cette impossibilité, provisoire ou définitive, d'exécuter une obligation qui permet de distinguer la force majeure de l'imprévision, dont l'application est réservée aux hypothèses d'exécution difficile ou plus onéreuse (voir nos 23 s.).

La force majeure, en ce qu'elle implique une impossibilité radicale d'exécution temporaire ou définitive, ne saurait donc être invoquée pour imposer une augmentation tarifaire à son cocontractant (voir CEPC avis n° 19-9 du 19-9-2019).

12 L'attitude adoptée par le débiteur face à l'événement pour en **prévenir les effets « par des mesures appropriées »** devrait jouer un rôle décisif dans la qualification de force majeure. C'est même vraisemblablement sur cet élément visé

par l'article 1218 du Code civil que devraient se cristalliser le cœur des contentieux et l'attention du juge.

En pratique, il sera indispensable de s'assurer que les effets de l'événement constitutif d'un cas de force majeure ne pouvaient être évités en recourant à des alternatives permettant l'exécution de l'obligation (Cass. com. 16-3-1999 n° 97-11.428, à propos des conséquences de la guerre du Golfe sur un contrat de commission de transport de marchandises). Ainsi, un prestataire chargé de livrer des marchandises

qui, pour expliquer l'absence de livraison, invoquerait un cas de force majeure en raison de son état de santé critique lié au Covid-19 devrait démontrer, pour s'exonérer, que la livraison ne pouvait pas être réalisée par un autre intervenant. Il en irait de même de l'entreprise qui invoquerait une réduction de la production de son fournisseur pour ne pas honorer ses approvisionnements, sans pouvoir justifier qu'elle ne pouvait pas se tourner vers un autre fabricant (Cass. 1^{er} civ. 12-7-2001 n° 99-18.231 : Bull. civ. I n° 284).

C. COMMENT LA JURISPRUDENCE A-T-ELLE ABORDÉ LA QUESTION DES ÉPIDÉMIES ET DE LA FORCE MAJEURE ?

13 Traditionnellement, les juges français font preuve d'une grande rigueur en la matière, en vérifiant au cas par cas la réunion des trois critères permettant de qualifier un événement de force majeure. Ainsi, à différentes reprises, ils ont refusé de qualifier des épidémies de cas de force majeure. Ce sont, en particulier, les critères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité qui faisaient défaut dans la plupart des cas.

Dans le contexte d'**Ebola**, la cour d'appel de Paris a refusé de reconnaître la force majeure au motif que le lien de causalité entre l'épidémie et la baisse d'activité n'était pas démontré (CA Paris 17-3-2016 n° 15/04263). Les juges ont considéré que l'épidémie de **grippe H1N1** de 2009 ne pouvait pas constituer un événement de force majeure dans la mesure où cette épidémie avait été largement annoncée et prévue, et ce, avant même la mise en place de la réglementation sanitaire, de sorte que l'événement n'était pas imprévisible (CA Besançon 8-1-2014 n° 12/02291). Une cour d'appel a estimé que le **chikungunya** était une

maladie surmontable n'interdisant pas à un hôtel d'honorer ses prestations (CA Basse-Terre 17-12-2018 n° 17/00739). De même, l'épidémie de **dengue** dans les Antilles françaises n'a pas été tenue pour un cas de force majeure autorisant un comité d'entreprise à obtenir la résolution d'un contrat de vente de forfait touristique (CA Nancy 22-11-2010 n° 09/00003).

Cela dit, la rigueur des juridictions françaises ne constitue pas l'aveu de ce qu'elles sont particulièrement réticentes à qualifier une épidémie de cas de force majeure. Au contraire, dans les deux premiers arrêts précités, les formulations retenues suggèrent que, sur le principe, les juges du fond étaient disposés à qualifier une épidémie virale de force majeure. Simplement, les conditions légales n'étaient pas réunies.

D. LE DÉBITEUR D'UNE SOMME D'ARGENT PEUT-IL INVOQUER LA FORCE MAJEURE POUR NE PAS PAYER ?

14 L'article 1218 du Code civil ne s'intéresse qu'à la partie qui invoque la force majeure pour ne pas s'exécuter ou pour justifier son inexécution : rien n'est dit de la partie dont l'obligation principale consiste à payer une somme d'argent.

15 Traditionnellement, les juges refusent de reconnaître au débiteur d'une somme d'argent le droit de se prévaloir d'un cas de force majeure étant donné que l'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent n'est jamais véritablement impossible (Cass. com. 16-9-2014 n° 13-20.306 : RJDA 12/14 n° 886). Rares sont en effet les hypothèses dans lesquelles l'exécution d'une obligation de payer pourrait être matériellement impossible : on songe au cas d'un « bug » informatique ayant empêché un virement bancaire (Cass. 3^e civ. 17-2-2010 n° 08-20.943 : RJDA 10/10 n° 923) ou encore à l'état de santé critique du débiteur dû au Covid-19. Signalons, toutefois, un arrêt de la Cour de cassation ayant reconnu qu'une partie pouvait valablement invoquer un cas de force majeure pour refuser d'exécuter son obligation monétaire lorsqu'il lui est impossible de tirer profit de la contre-prestation attendue (Cass. 1^{er} civ. 10-2-1998 n° 96-13.316, en l'espèce la maladie du débiteur ne lui avait pas permis de suivre une formation à temps plein aux fins de préparer un CAP de coiffure pendant deux années).

16 Au résultat, les entreprises impactées par les conséquences économiques de

l'épidémie de Covid-19 (notamment, la fermeture administrative des établissements et commerces dont l'activité a été considérée comme non essentielle imposée dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire par l'article 8 du décret 2020-293 du 23 mars 2020 ou par l'article 10 du décret 2020-548 du 11 mai 2020) ne sauraient, d'une manière générale, invoquer les difficultés financières qu'elles rencontrent pour ne pas payer la prestation exécutée par leur cocontractant. **A défaut de paiement** dans le délai convenu, elles s'exposent aux **sanctions** classiques de l'inexécution (exception d'inexécution, exécution forcée en nature, résolution judiciaire ou unilatérale, responsabilité contractuelle ; cf. C. civ. art. 1217 s.) mais également au versement d'intérêts de retard conformément à l'article 1231-6 du Code civil ou de pénalités de retard exigibles au titre de la réglementation sur les délais de paiement (C. com. art. L 441-10, II issu de ord. 2019-359 du 24-4-2019).

C'est d'ailleurs ce que rappelle la Chancellerie dans la circulaire de présentation des dispositions du titre I de l'ordonnance 2020-427 du 15 avril 2020 portant diverses dispositions en matière de délais pour faire face à l'épidémie de Covid-19, complétée par une fiche pratique sur les intérêts de retard

(http://www.justice.gouv.fr/art_pix/fiche_technique_interets_de_retard.pdf).

Sur le régime dérogatoire applicable aux sanctions contractuelles, voir n° 32 s.

17 En conséquence, même si la **fermeture des commerces** imposée par l'Etat peut constituer un cas de force majeure (fait du prince) en ce qu'elle interdit tout exercice de l'activité commerciale, cette circonstance n'est pas, en principe, de nature à autoriser une suspension des paiements des marchandises livrées et des commandes en cours. Cette même obligation de paiement s'impose également, pour ne prendre que cet exemple, dans les relations entre franchisé et franchiseur : même en cas de fermeture du commerce sous franchise, le paiement des redevances dues par le franchisé, que celles-ci soient liées à l'évolution de son chiffre d'affaires ou forfaitaires, ne peut être éludé sauf pour l'intéressé à pouvoir démontrer qu'il n'a pas pu tirer profit de la contre-prestation attendue du franchiseur (transmission de savoir-faire, utilisation de supports, etc.).

E. QUELS SONT LES EFFETS DE LA FORCE MAJEURE SUR L'OBLIGATION DU DÉBITEUR EMPÊCHÉ ?

18 Les effets d'un cas de force majeure sur les relations contractuelles diffèrent selon la durée de l'empêchement (C. civ. art. 1218, al. 2). Si l'**empêchement est temporaire**, l'exécution de l'obligation sera uniquement suspendue (sauf si le retard qui en résulterait justifie la résolution du contrat) et le débiteur exonéré de sa responsabilité le temps de cette suspension. Si l'empêchement est **définitif** et total, le contrat sera résolu de plein droit (a priori, sans intervention du juge) et les parties seront libérées de leurs obligations. Pour rappel, la résolution entraînera, en principe, la restitution réciproque des contreparties déjà exécutées. La force majeure a ainsi pour effet d'exonérer – temporairement ou définitivement – le débiteur d'une obligation (autre que de somme d'argent) de toute responsabilité au titre de l'obligation rendue impossible à exécuter. Elle ne permet pas de « réécrire » le contrat. C'est en ce sens, par exemple, que, lorsque l'empêchement est temporaire, le créancier ne peut invoquer pendant la période de suspension aucune exception d'inexécution (C. civ. art. 1219) à l'encontre du débiteur empêché.

entraînera, en principe, la restitution réciproque des contreparties déjà exécutées. La force majeure a ainsi pour effet d'exonérer – temporairement ou définitivement – le débiteur d'une obligation (autre que de somme d'argent) de toute responsabilité au titre de l'obligation rendue impossible à exécuter. Elle ne permet pas de « réécrire » le contrat. C'est en ce sens, par exemple, que, lorsque l'empêchement est temporaire, le créancier ne peut invoquer pendant la période de suspension aucune exception d'inexécution (C. civ. art. 1219) à l'encontre du débiteur empêché.

F. LA FORCE MAJEURE EXCLUT-ELLE LE RISQUE DE RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES ?

19 En présence d'un événement de force majeure caractérisé, la jurisprudence a plusieurs fois considéré que la rupture, sans préavis suffisant, d'une relation commerciale établie n'engageait pas la **responsabilité de son auteur** sur le fondement de la rupture brutale d'une relation commerciale établie (C. com. art. L 442-1, II) (notamment, CA Paris 12-9-2019 n° 17/16758 : « Aucune rupture brutale n'est caractérisée si elle est justifiée par l'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou un cas de force majeure »). Ainsi, une diminution significative de commandes entraînant une rupture partielle de relations commerciales pourrait échapper au champ de l'infraction si

elle peut être justifiée par le respect de mesures administratives contraignantes (telle la fermeture de l'établissement). Soulignons, par ailleurs, la tendance de la jurisprudence à admettre, depuis le célèbre arrêt « Caterpillar » de 2013 (Cass. com. 12-2-2013 n° 12-11.709 : RJDA 5/13 n° 456), que la rupture brutale d'une relation commerciale établie sans préavis pouvait être justifiée par les circonstances économiques (dans cette affaire de 2013, la crise économique de 2008) : faute d'intention délibérée, la rupture ne peut être imputée à l'une des parties à la relation (notamment, Cass. com. 6-2-2019 n° 17-23.361). L'influence du contexte économique dans lequel s'inscrit la rupture constituerait ainsi un paramètre de l'appréciation des juges de l'éventuelle brutalité de la rupture d'une relation commerciale. Reste à savoir si cette jurisprudence sera maintenue sous l'empire du nouveau mécanisme de l'imprévision prévu par l'article 1195 du Code civil (présenté n° 23 s.).

G. LA FORCE MAJEURE PEUT-ELLE INFLUER SUR L'EXÉCUTION DES CONVENTIONS UNIQUES ?

20 Les conventions uniques (**convention générale** de l'article L 441-3 du Code de commerce et convention relative aux produits de grande consommation ou **convention PGC** de l'article L 441-4, IV du même Code), qui ont dû être conclues au plus tard le 1^{er} mars 2020 (pour une durée d'un à trois ans), doivent en principe être exécutées aux conditions qu'elles prévoient.

Sur la conclusion des conventions portant sur des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier, voir notre article ci-après (BRDA 11/20 inf. 00 n° 6).

Or, à peine conclues, ces conventions qui fixent à l'issue des négociations commerciales les éléments concourant à la détermination du prix convenu (convention générale) ou le plan d'affaires incluant en outre le chiffre d'affaires prévisionnel servant notamment de base au calcul du volume des promotions autorisées (convention PGC) ont vu leurs conditions d'exécution sensiblement perturbées par la survenance de l'épidémie de Covid-19 et l'adoption des mesures sanitaires gouvernementales : tarissement de certains approvisionnements en matières premières ; désorganisation de la chaîne logistique ; renchérissement des coûts de production ; dégradation du taux de service (écart de quantité entre les commandes et les livraisons) ; demande exponentielle de certains produits et ruptures

de stocks liées aux achats de précaution des consommateurs ; report des outils de production sur la fabrication de certains produits ; impact sur les assortiments de produits ; inutilité des opérations promotionnelles ; prestations de coopération commerciale non honorées dans des conditions satisfaisantes ; etc.

Les fournisseurs qui seraient placés dans l'impossibilité d'exécuter leurs obligations en raison des restrictions imposées devraient pouvoir invoquer la force majeure pour autant que l'événement ait été imprévisible au moment de la conclusion de la convention unique, ce qui nécessitera une appréciation au cas par cas (n° 10). Certes, les fournisseurs parties à des conventions uniques d'une durée de deux ou trois ans en cours lors de l'apparition de l'épidémie devraient à cet égard être mieux placés, mais il leur faudra ici aussi démontrer le caractère irrésistible de l'événement, c'est-à-dire l'impossibilité de les exécuter, même temporairement (n° 11). Cela étant, dans le contexte actuel de crise économique, l'intérêt des parties est sans doute d'œuvrer pour le maintien des relations commerciales dès lors que celui-ci n'est pas irrémédiablement compromis et de faire montre de souplesse et de « solidarité » dans l'exécution de la convention unique, comme y invite déjà le Guide des bonnes pratiques en matière de pénalités logistiques, publié par la CEPC sur son site internet, énonçant un certain nombre de recommandations à l'attention des fournisseurs et distributeurs.

Sur l'incidence de l'ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020 en matière de pénalités contractuelles, voir notre commentaire de ce texte (BRDA 11/20 inf. 22 n°s 3 s.).

21 Mais, l'intérêt bien compris des parties pourra aussi être, dans la majorité des cas, de **renégocier** certains termes de **la convention unique**, le moment venu, pour parvenir à un nouvel équilibre de la relation commerciale.

Rappelons à cet égard que les conventions pluriannuelles fixent les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé (C. com. art. L 441-3, VI) et que, d'une manière générale pour toutes les conventions uniques, des avenants sont toujours possibles à condition, depuis la réforme de 2019, de faire l'objet d'un écrit qui mentionne l'élément nouveau le justifiant (C. com. art L 441-3, II). L'exigence

d'un écrit s'explique par la nécessité de pouvoir vérifier que la renégociation ne conduit pas à un bouleversement de l'économie générale du contrat arrêtée lors des négociations commerciales. Or,

“ Renégocier la convention unique... en respectant l'exigence d'un écrit ”

en pratique, la difficulté viendra de ce que c'est précisément en raison d'un bouleversement de l'économie générale du contrat engendré par la crise que la renégociation est engagée. En tout état de cause, les parties devront toujours veiller à respecter les limites posées par l'encadrement des pratiques restrictives de concurrence.

Soulignons que, en prévision de ces renégociations, un groupe de travail réunissant les différentes parties prenantes (fournisseurs, distributeurs, DGCCRF) a entrepris, sous l'égide de la CEPC, l'élaboration d'un guide de bonnes pratiques de sortie de crise dans les relations contractuelles entre fournisseurs et distributeurs.

22 Au-delà des possibilités de renégociation amiable, c'est au mécanisme de droit commun de la révision pour imprévision que les parties pourront recourir lorsque l'exécution de l'obligation se révèle non pas impossible mais difficile.

II. L'imprévision : l'exécution difficile

23 Lorsque l'exécution d'une obligation n'est pas impossible mais réalisable à des conditions excessivement onéreuses non acceptées lors de la conclusion du contrat, la partie confrontée à cette difficulté peut recourir au mécanisme de la révision pour imprévision pour demander à son cocontractant la renégociation des termes de leur accord. En cas d'échec, l'intervention du juge pourra être sollicitée (C. civ. art. 1195).

Ainsi, des fournisseurs de produits agroalimentaires qui rencontreraient des difficultés transitoires, se traduisant par un surcoût financier important pour l'exécution de leurs engagements, pourraient invoquer l'imprévision de l'article 1195 du Code civil pour tenter une renégociation des termes de leurs contrats.

Mesure phare de la réforme du droit des contrats, ce mécanisme légal n'est applicable qu'aux **contrats conclus depuis le 1^{er} octobre 2016**.

Ce mécanisme ne joue pas non plus, en vertu de l'article L 211-40-1 du Code moné-

taire et financier, à l'égard des obligations résultant d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L 211-1 du même Code.

A. LES CONDITIONS DE L'IMPRÉVISION

24 L'article 1195, al. 1 du Code civil, applicable aux contrats conclus ou renouvelés à compter du 1^{er} octobre 2016, énonce que, « 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 ». Pour que cette disposition puisse jouer, **trois conditions** doivent donc être réunies.

Un risque financier non accepté par la partie qui s'en prévaut

25 Avant toute chose, il conviendra de vérifier les stipulations du contrat. Il est en effet possible que le contrat comporte une clause (habituellement désignée « **clause de hardship** ») envisageant les difficultés d'exécution contractuelles qui pourraient être causées par un événement que les parties n'avaient pas prévu lors de la conclusion du contrat. L'épidémie de Covid-19 et les mesures gouvernementales pourraient ainsi, selon les termes de la clause, constituer une cause de déclenchement de celle-ci.

Lorsque la clause joue, le régime et les conséquences de l'imprévision seront alors ceux prévus par les parties. Les parties pourront avoir prévu une simple obligation de renégocier le contrat (sans obligation de parvenir à un accord), ou encore des modifications automatiques du contrat, telles que la réduction de sa durée ou une modification du prix ou des volumes de livraison.

A noter que le contrat peut également contenir une **clause excluant le mécanisme de la révision pour imprévision**, la très grande majorité des auteurs estimant que le texte est supplétif de volonté. La validité d'une telle clause pourrait cependant, dans certains cas, être remise en cause sur deux fondements : l'article 1170 du Code civil, si elle a pour effet de priver de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ; les articles 1171 du Code civil et L 442-1 du Code de commerce, si elle crée un déséquilibre significatif entre les obligations des parties.

Cas particulier du secteur agroalimentaire : dans ce secteur, les clauses de renégociation du prix, qui sont obligatoirement

QU'EN EST-IL DE L'IMPRÉVISION POUR LES CONTRATS CONCLUS AVANT LE 1^{ER} OCTOBRE 2016 ?

Le Code civil ne contenait aucune disposition relative à la révision pour imprévision avant la réforme du droit des contrats de 2016 entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 et la jurisprudence française, marquant son attachement à la **force obligatoire du contrat**, était traditionnellement hostile à ce mécanisme (Cass. civ. 6-3-1878, arrêt dit du « canal de Craponne »). Plusieurs décisions ont cependant témoigné d'une certaine flexibilité, visant à préserver le lien contractuel (CA Paris 28-12-1976, EDF c/ Shell France ; Cass. com. 3-11-1992 n° 90-18.547, dit « arrêt Huard ») en se référant tantôt à la notion de cause (ancien article 1131 du Code civil), tantôt à l'obligation de loyauté (Cass. com. 24-11-1998 n° 96-18.357 ; Cass. com. 15-3-2017 n° 15-16.406) ou de bonne foi (Cass. 1^{er} civ. 16-3-2004 n° 01-15.804).

Pour les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, s'il n'est pas certain qu'un contractant puisse exiger de son cocontractant une révision du contrat en raison d'un événement imprévisible, il ne peut être complètement exclu qu'il puisse, sur le terrain de l'**obligation de renégocier de bonne foi**, inciter l'autre partie à revoir certaines clauses du contrat, même si dans un arrêt inédit la Cour de cassation semble avoir récemment rejeté tout principe de « solidarisme contractuel » (Cass. com. 19-6-2019 n° 17-29.000 : l'exigence de bonne foi n'autorise pas le juge à porter atteinte aux modalités de paiement du prix fixé par les parties, lesquelles constituent la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties). Quoi qu'il en soit, au vu des circonstances actuelles, les parties auront sans doute tout intérêt à engager des **négociations amiables** si elles ne souhaitent pas voir disparaître leur relation d'affaires.

insérées dans les contrats de plus de 3 mois portant sur la vente de produits dont les prix de production sont significativement affectés par les fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires, pourront être mises en œuvre si les éléments déclencheurs sont réunis. Il en est de même des clauses qui doivent figurer dans les contrats de conception et de fabrication de produits vendus sous marque de distributeur de plus de trois mois (C. com. art. L 441-8).

Un changement de circonstances imprévisible

26 A l'instar de la force majeure, le caractère imprévisible du changement de circonstances devra être apprécié à la date de conclusion (ou de renouvellement) du contrat. Pour les contrats conclus récemment, les dates des différentes déclarations nationales et internationales et des mesures administratives de gestion de crise énoncées plus haut pourront servir de repère pour l'appréciation de ce critère.

Un simple changement de circonstances dès lors qu'il est imprévisible suffira : le texte n'exige en aucun cas l'existence d'un bouleversement.

A défaut de précisions, les circonstances visées peuvent être de nature variée : économique, juridique, sociale, politique, notamment. Il pourrait donc en être ainsi des conséquences liées à l'adoption des différentes mesures administratives contraignantes (confinement des consommateurs ; fermeture de la majorité des commerces ; respect des gestes barrières dans les chaînes de production ; etc.).

Une exécution excessivement onéreuse

27 Le changement intervenu ne doit pas rendre l'exécution du contrat impossible, comme en matière de force majeure (n° 11), mais excessivement onéreuse pour la partie qui s'en prévaut. La satisfaction de ce dernier critère sera sans doute la plus délicate à faire admettre pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, parce que la démonstration d'une simple diminution de la rentabilité de l'opération (perte de marge) sera insuffisante.

Ensuite, parce qu'il est bien difficile de savoir si les juges se contenteront d'apprécier ce critère au regard du seul équilibre contractuel arrêté par les parties ou s'ils s'intéresseront également à la capacité contributive de la partie qui l'invoquera.

Enfin, et peut-être surtout, parce que, dans bien des cas, ce n'est pas le caractère excessivement onéreux de l'exécution d'une obligation qui sera invoqué mais l'intérêt économique même de l'exécution de l'obligation de l'autre partie ou, plus précisément, la **perte** pour cette dernière de **toute valeur de la contre-prestation**. On pense immédiatement au contrat d'affichage publicitaire dont l'exécution ne présente plus d'intérêt pour l'annonceur en période de confinement des consommateurs ou encore aux commandes d'imprimés publicitaires qui ne pourront pas être distribués ni atteindre leur objectif en raison de l'annulation ou de la suspension des opérations promotionnelles. En d'autres termes, l'exécution d'une obligation de paiement peut-elle être considérée comme excessivement onéreuse et justifier une

renégociation - alors même qu'elle n'occasionne aucun débours supplémentaire pour son débiteur - dès lors que la contrepartie exécutée perd toute valeur financière pour ce dernier ? A l'heure actuelle les opinions doctrinales divergent encore. Mais il est certain que les juges devraient être rapidement appelés à se pencher sur cette question qui imposera une délicate mise en balance des intérêts en présence.

Sur la possibilité d'invoquer dans le même contexte la disparition d'un élément essentiel du contrat pour se prévaloir la caducité de ce dernier, voir n° 29.

B. LA PROCÉDURE DE RENÉGOCIATION

28 Lorsque les conditions de l'imprévision sont réunies, la partie qui entend s'en prévaloir peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Pendant la renégociation, elle doit continuer à exécuter ses obligations (C. civ. art. 1195, al. 1) : l'entrée en renégociation n'opère aucun effet suspensif sur l'exécution du contrat.

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. A 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 (C. civ. art. 1195, al. 2).

La perspective de voir in fine le juge s'immiscer dans la relation contractuelle pourrait inciter un certain nombre de partenaires commerciaux à s'entendre

sur le terrain amiable. Rappelons à cet égard que, depuis la réforme de 2016, le Code civil pose pour principe directeur du droit des contrats que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi », cette disposition étant d'ordre public (C. civ. art. 1104). Il n'est pas interdit de penser que l'**exécution de bonne foi** pourrait légitimement emporter obligation de renégociation de bonne foi lorsque l'équilibre contractuel est rompu.

III. La caducité du contrat : la disparition d'un élément essentiel

29 Lorsque ce n'est pas tant l'impossibilité ou la difficulté d'exécuter une obligation mais la raison d'être même de cette obligation qui disparaît, une alternative aux mécanismes de gestion de l'imprévisible (force majeure et révision pour imprévision) pourrait être, notamment pour les contrats dont les obligations s'exécutent en une **prestation unique** (contrats à exécution instantanée), le recours à la notion de caducité.

L'article 1186 du Code civil prévoit en effet qu'un « contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ». Il envisage même cette caducité dans les hypothèses d'**interdépendance contractuelle** en indiquant : « Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie ». La caducité n'interviendra toutefois que « si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement ».

Les cas de disparition d'un élément essentiel de contrat résultant des effets du Covid-19 et/ou des mesures administratives prises pour lutter contre sa propagation sont potentiellement nombreux. Par **exemple**, celui du

contrat d'affichage publicitaire dont l'exécution ne présente plus d'intérêt pour l'annonceur en période de confinement des consommateurs ou plus généralement d'encadrement strict de leur liberté de circulation. Ou encore le cas d'une entreprise du secteur de l'événementiel qui a pris plusieurs engagements

interdépendants pour l'organisation d'un concert. Si le concert est empêché en raison de mesures administratives interdisant les rassemblements, le contrat liant cette entreprise aux artistes invités sera caduc, ce qui pourrait entraîner la caducité de l'ensemble des contrats qui en dépendaient (contrats d'impression et de distribution de flyers, contrat de prestations culinaires, contrat de prestations de nettoyage, etc.).

Dans toutes ces hypothèses, la difficulté sera de pouvoir démontrer que l'intérêt présenté par la contre-prestation constituait l'élément essentiel de l'engagement de la partie qui entend se prévaloir de sa disparition et que le cocontractant savait au moment de la conclusion du contrat qu'il s'agissait d'un **élément déterminant** de cette conclusion.

L'intérêt du recours au mécanisme de la caducité peut avoir dans certains cas pour limite son principal **effet**, à savoir l'anéantissement du contrat. En effet, la **caducité** n'est pas une mesure temporaire mais définitive : elle met fin au contrat et peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 du Code civil (C. civ. art. 1187).

IV. L'exception d'inexécution : l'inexécution suffisamment grave de l'obligation du cocontractant

30 Les articles 1217, 1219 et 1220 du Code civil autorisent le créancier insatisfait à refuser d'exécuter ou à suspendre l'exécution de sa propre obligation.

En particulier, l'article 1219 du Code civil prévoit que « une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave ».

Les **conditions** de mise en œuvre de l'exception d'inexécution sont ainsi posées par la loi : un lien entre les obligations des parties et une inexécution suffisamment grave du

cocontractant.

Un fournisseur de produits non alimentaires pourrait ainsi refuser de continuer à approvisionner un client dans l'hypothèse où celui-ci n'aurait pas réglé, dans les délais convenus, les marchandises préalablement livrées. La gravité du manquement pourrait alors être caracté-

risée par le simple non-respect de la réglementation des délais de paiement posée par l'article L 441-10 du Code de commerce.

Il convient de relever que, depuis la réforme du droit des contrats en 2016, une partie peut également **suspendre l'exécution** de son obligation « **par anticipation** », lorsqu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conditions de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension devra nécessairement être notifiée dans les meilleurs délais (C. civ. art. 1220).

Par **exemple**, si un fournisseur de produits non-alimentaires se trouve dans l'impossibilité d'honorer ses commandes en raison, notamment, d'une rupture de ses sources d'approvisionnement en matières premières, de la fermeture de son centre de production pour des raisons sanitaires ou encore d'une interruption des moyens de transport empêchant l'acheminement des marchandises, ses clients devraient pouvoir invoquer une exception d'inexécution pour s'exonérer du paiement des commandes non exécutées en temps et en heure.

A noter que, si les causes de l'inexécution du fournisseur sont assimilables à un cas de force majeure, ce dernier devrait logiquement être exonéré de toute responsabilité, étant précisé qu'il devra néanmoins rembourser les sommes éventuellement reçues en contrepartie des prestations non exécutées.

Une attention particulière devra être portée aux conditions de l'exception d'inexécution puisque celle-ci s'exerce « aux **risques et périls de la partie** » qui **l'invoque**. En effet, le contractant qui se prévaut - à tort - de l'exception d'inexécution se trouverait défaillant dans l'exécution de sa propre prestation à l'égard de son cocontractant et, partant, il engagerait sa responsabilité contractuelle vis-à-vis de ce dernier.

Il doit être relevé que l'exception d'inexécution est un mécanisme qui permet au créancier de limiter provisoirement son préjudice. Selon les cas, et sauf si le débiteur empêché se prévaut valablement d'un cas de force majeure, le créancier devrait pouvoir solliciter l'**exécution forcée** de l'obligation (C. civ. art. 1221) ou le paiement de **dommages-intérêts** (C. civ. art. 1231-1).

V. La réduction de prix par le créancier en cas d'exécution imparfaite

31 Pour les **contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016**, le créancier d'une prestation dont l'exécution aurait été impar-

“ La caducité n'est pas une mesure temporaire mais définitive ”

faite pourra notifier à son cocontractant sa décision de réduire le prix de manière proportionnelle à la double condition (C. civ. art. 1223) :

- d'une part, d'avoir préalablement mis en demeure son débiteur ;
- d'autre part, de ne pas avoir encore payé tout ou partie de la prestation.

Ce texte devrait, par **exemple**, permettre à une société ayant commandé une certaine quantité de marchandises de notifier à son cocontractant sa décision de réduire le prix initialement fixé en se prévalant de ce que ce dernier a procédé à une livraison de marchandises partielle en raison d'une rupture d'approvision-

nement en matières premières occasionnée par les conséquences du Covid-19. L'article 1223 du Code civil précise que l'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier devra être écrite.

22 Les outils temporaires de la loi d'urgence sanitaire pour faire face aux conséquences de l'épidémie

L'ordonnance 2020-306 déroge temporairement au jeu des clauses contractuelles sanctionnant l'inexécution d'une obligation et proroge certains délais. Ces mécanismes, bien utiles dans les relations d'affaires, comportent des limites, soulignent E. Flaicher-Maneval et C. Flatrès.

1 La loi 2020-290 du 23 mars 2020 « d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 » déclarant l'état « d'urgence sanitaire » sur le territoire national a habilité le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnances, toutes les mesures nécessaires pour faire face aux conséquences de la pandémie de Covid-19, et en particulier, en vertu de son article 11, I-1°-c), celles « modifiant, dans le respect des droits réciproques, les obligations des personnes morales de droit privé exerçant une activité économique à l'égard de leurs clients et fournisseurs (...) notamment en termes de délais de paiement et pénalités et de nature des contreparties ».

A ce titre, l'**ordonnance 2020-306 du 26 mars 2020** relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire (modifiée et complétée par l'ordonnance 2020-427 du 15 avril 2020) apporte des dérogations temporaires, notamment :

- au jeu des astreintes et clauses contractuelles sanctionnant l'inexécution d'une obligation (art. 4) ;
- à l'accomplissement de certains actes prescrits par la loi, mais à l'exclusion des obligations contractuelles (art. 2).

Soulignons que cette ordonnance comporte par ailleurs une mesure concernant les contrats renouvelables par tacite reconduction et les contrats dont la résiliation est encadrée dans une période déterminée (art. 5) qui ne sera pas présentée ci-après.

I. La neutralisation des astreintes et des clauses pénales

Le principe de la neutralisation

2 L'article 4, al. 1 de l'ordonnance 2020-306 prévoit que « sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré pendant la période définie au I de l'article 1 » de cette même ordonnance, « les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé ».

Plusieurs précisions s'imposent ici.

D'abord, la période de référence visée au I de l'article 1^{er} de l'ordonnance 2020-306 (dans sa rédaction issue de l'ordonnance 2020-560 du 13 mai 2020), communément appelée « **période juridiquement protégée** », s'étale « entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus ».

Ensuite, si la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) avait déjà préconisé, en janvier 2019, dans sa recommandation 19-1 relative à un guide des bonnes pratiques en matière de pénalités logistiques, que les litiges liés à l'application de pénalités logistiques s'apprécient « en tenant compte également, outre la force majeure, d'autres circonstances indépendantes de la volonté des parties et extérieures aux parties », l'ordonnance 2020-306 va plus loin. Son article 4 offre clairement aux parties, durant la période juridiquement protégée, une véritable **protection** contre le jeu des astreintes et clauses contractuelles sanctionnant l'inexécution d'une obligation qui, par son **automaticité**, pourrait, dans une période particulièrement difficile, aggraver leur situation financière.

Enfin, si à l'origine seules étaient concernées les astreintes et clauses produisant leurs effets avant ou pendant la période juridiquement protégée, l'**ordonnance 2020-427** du 15 avril 2020 est venue étendre le mécanisme de gel aux clauses sanctionnant l'inexécution d'une obligation autre que de sommes d'argent dont les effets se produisent après la période juridiquement protégée, tout en aménageant les modalités de calcul du report des effets des astreintes et clauses contractuelles dans les différents cas qu'elle évoque.

3 Schématiquement, l'article 4 susmentionné, tel que modifié par l'ordonnance 2020-427, prévoit les modalités suivantes.

a. Les clauses ou astreintes ayant pris effet **avant le 12 mars 2020 zéro heure** voient leurs effets suspendus jusqu'à la fin de la période juridiquement protégée, soit jusqu'au 23 juin 2020 minuit. Elles joueront de nouveau à partir du 24 juin zéro heure.

b. Les clauses ou astreintes ayant pris effet **pendant la période juridiquement protégée**, soit entre le 12 mars zéro

heure et le 23 juin 2020 minuit, sont reportées d'une durée égale, à l'issue de la période juridiquement protégée, soit :

– au temps écoulé entre le 12 mars 2020 et la date à laquelle l'obligation aurait dû être exécutée (lorsque l'obligation que la clause sanctionne a son fait générateur antérieurement au 12 mars 2020 inclus) ;

– au temps écoulé entre la date du fait générateur de l'obligation que la clause sanctionne et la date à laquelle l'obligation aurait dû être exécutée (lorsque l'obligation que la clause sanctionne a un fait générateur postérieur au 12 mars, soit un fait générateur à compter du 13 mars zéro heure).

c. Les clauses ou astreintes sanctionnant l'inexécution d'une obligation, autre que de sommes d'argent, ayant pris effet **après la période juridiquement protégée**, soit à compter du 24 juin zéro heure, voient leurs effets différés d'une durée équivalente, soit :

– au temps écoulé entre le 12 mars 2020 à zéro heure et la fin de la période juridiquement protégée, soit le 23 juin à minuit (lorsque l'obligation que la clause sanctionne a son fait générateur avant le 12 mars inclus) ;

– au temps écoulé entre la date du fait générateur de l'obligation que la clause sanctionne et la fin de la période juridiquement protégée, soit le 23 juin à minuit (lorsque l'obligation que la clause sanctionne a son fait générateur à compter du 13 mars zéro heure).

Les conséquences de la neutralisation

4 Sans prétendre à l'exhaustivité, le dispositif mis en place appelle au moins trois remarques.

La première, et non la moindre, est que la neutralisation et le report des effets des clauses ou astreintes concernées n'ont **pas pour but de différer la date d'exigibilité des obligations**, de sorte que le débiteur doit, tant qu'il le peut, continuer à exécuter ses obligations. Il ne s'agit pas ici d'affecter le terme des prestations promises, mais uniquement d'aménager les clauses ou astreintes sanctionnant l'inexécution d'une obligation afin de ne pas accabler plus avant le débiteur qui serait confronté à des difficultés de trésorerie ou encore qui ne pourrait, en raison des circonstances, matériellement exécuter ses obligations autres que de sommes d'argent.

La deuxième tient au fait que la neutralisation des effets des astreintes et clauses contractuelles ne constitue pas, pour le débiteur, une « permission » de ne pas exécuter ses obligations. Si le débiteur

ne s'exécute pas, le créancier pourrait **recourir à certains mécanismes de sanction prévus par le droit commun**, comme l'exception d'inexécution, l'application des pénalités légales pour retard de paiement ou la résolution judiciaire. La Cour de cassation a jugé que les pénalités dues en application de l'article L 441-6, al. 6 du Code de commerce (désormais art. L 441-10) ne constituent pas une clause pénale et ne peuvent donc pas être réduites en raison de leur caractère abusif (Cass. com. 2-11-2011 n° 10-14.677 : Bull. civ. IV n° 178). A l'inverse, le débiteur peut se prévaloir, eu égard aux circonstances, des mécanismes, soit prévus au contrat (clause de hardship, par exemple), soit offerts par le droit commun des obligations, et notamment ceux de la force majeure ou encore de l'imprévision, sous réserve naturellement de prouver que leurs conditions sont réunies.

La troisième est plus incertaine. A lire le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance 2020-427 et la circulaire de présentation des dispositions du titre I de cette ordonnance du 17 avril 2020, les parties seraient en mesure de **renoncer expressément aux dispositions de l'article 4** de l'ordonnance 2020-306. Or, il y a là, en apparence au moins, une **contradiction**. En effet, la circulaire indique par ailleurs que l'article 4 constituerait une loi de police au sens de l'article 9 du règlement 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », ce qui, en l'état actuel de sa rédaction, en fait une disposition d'ordre public d'intérêt général. Si tel est le cas, il pourrait être hasardeux de soutenir, à l'avenir, que les dispositions de l'article 4 sont seulement supplétives de volonté.

II. La possibilité de reporter l'accomplissement de certains actes prescrits par la loi à peine de sanction

Le champ du dispositif

5 Aux termes de l'article 2 de l'ordonnance 2020-306, « **tout acte**, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication **prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque** et qui aurait dû être

accompli pendant la période mentionnée à l'article 1^{er} (c'est-à-dire la période juridiquement protégée, voir n° 2) sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois ».

Ce mécanisme temporaire de report de terme et d'échéance n'entraîne ni une suspension générale ni une interruption générale des délais arrivés à terme pendant la période juridiquement protégée, ni une suppression de l'obligation de réaliser tous les actes ou formalités dont le terme échoit dans la période visée. Il s'agit seulement d'**interdire que l'acte intervenu dans le nouveau délai imparti puisse être regardé comme tardif**.

6 Deux observations importantes.

Ce dispositif n'est pas applicable aux **délais de réflexion, de rétractation ou de renonciation** prévus par la loi ou le règlement, ni aux délais prévus pour le remboursement de sommes d'argent en cas d'exercice de ces droits (Ord. 2020-306 art. 2, al. 3).

Le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance 2020-306 et la circulaire de la Chancellerie du 26 mars 2020 (mise à jour le 30 mars) précisent que la référence aux actes « prescrits par la loi ou le règlement » exclut les **actes prévus par des stipulations contractuelles**. Le paiement des obligations contractuelles doit donc toujours avoir lieu à la date prévue par le contrat.

Quid de la conclusion des conventions uniques portant sur les produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier ?

7 La question est ici de savoir si l'obligation de conclure une convention écrite dans les deux mois de la commercialisation des produits et services saisonniers (C. com. art. L 441-3, IV) entre ou non dans les prévisions de l'article 2 de l'ordonnance 2020-306. En d'autres termes, la conclusion d'une convention qui devrait intervenir pendant la période juridiquement protégée pourrait-elle bénéficier du mécanisme de report précédemment décrit (n° 5) et être valablement différée ?

Deux éléments militent, à notre avis, en faveur d'une réponse affirmative :

– d'une part, même s'il s'agit de contractualiser des relations commerciales, l'obligation de le faire par écrit en respectant un certain formalisme et un délai résulte d'une prescription légale

répondant au premier critère posé par l'ordonnance ;

– d'autre part, le non-respect de cette prescription légale est passible d'une amende administrative (C. com. art. L 441-6), ce qui satisfait le second critère posé par l'ordonnance.

Conclusion

8 Au-delà même des stipulations que les contrats pourraient contenir, les entreprises qui rencontrent - dans le contexte actuel - des difficultés dans l'exécution de leurs obligations bénéfi-

cient de nombreux outils dont la mise en œuvre nécessitera toutefois une **analyse** attentive et **au cas par cas** des circonstances et intérêts en jeu. Avec sans doute pour premier objectif d'**anticiper** au mieux les relations commerciales de **l'après-crise...**