

Coronavirus

MARCH 23, 2020

For more information,
contact:

Mehdi, Haroun
+33 1 73 00 39 84
mharoun@kslaw.com

Nora, Djeraba
+33 1 73 00 39 20
ndjeraba@kslaw.com

King & Spalding

Paris
12 Cours Albert 1er
Paris 75008
Tel: +33 1 7300 3900

COVID-19 : impact sur les contrats commerciaux de droit français

Depuis l'apparition d'un nouveau coronavirus, le Covid-19, en Chine, en décembre 2019, celui-ci s'est progressivement propagé dans le monde. L'Organisation mondiale de la santé (OMS) a déclaré le 30 janvier 2020, que ce nouveau coronavirus constituait une urgence de santé publique de portée internationale. La France n'étant pas épargnée, elle est passée depuis le 14 mars 2020, au stade 3 de gestion de l'épidémie, avec l'annonce, dans l'urgence, de mesures de confinement exceptionnelles, susceptibles d'évoluer vers davantage de restrictions.

Les conséquences de l'épidémie de Covid-19 affectent l'activité commerciale des entreprises, soit du fait qu'elles soient elles-mêmes dans l'impossibilité de répondre à leurs obligations contractuelles, soit parce qu'elles doivent faire face à des cocontractants en défaut de leurs obligations contractuelles. Afin de limiter l'impact économique de cette situation exceptionnelle, les entreprises peuvent envisager de mettre en œuvre certains mécanismes juridiques, brièvement décrits ci-dessous.

1. En cas d'impossibilité de répondre à ses propres obligations contractuelles

Si l'entreprise est elle-même dans l'impossibilité de répondre à ses obligations contractuelles, elle devra établir, dans un premier temps, en fonction de l'incidence économique, si son souhait est :

- (i) de suspendre/mettre fin au contrat, auquel cas, il s'agira d'analyser la possibilité d'invoquer un **cas de force majeure** ; ou
- (ii) d'en renégocier les termes, en invoquant **l'imprévision**.

⇒⇒ **Action** : *identifier l'intention de l'entreprise concernant l'avenir du contrat (suspension, fin du contrat ou renégociation).*

1.1. Force majeure – Suspension ou résolution du contrat

1.1.1. Intérêt

L'entreprise pourrait obtenir la suspension ou la résolution de contrat et être exonérée de sa responsabilité (elle sera libérée de ses obligations, partiellement ou totalement en fonction de la nature de l'empêchement, et l'autre partie ne pourra pas demander de dommages-intérêts pour inexécution du contrat), si elle établit que l'impossibilité d'exécuter ses obligations résulte d'un cas de force majeure.

1.1.2. Qualification de l'évènement de force majeure

La première question à se poser est celle de savoir si le contrat contient une définition de la force majeure et/ou des stipulations régissant la résiliation du contrat.

⇒⇒**Action** : vérifier l'existence ou non d'une clause de force majeure dans le contrat, si dans la définition de la force majeure, les épidémies ou les mesures restrictives gouvernementales sont prévues, identifier les conditions de mise en œuvre de la clause de force majeure (l'existence ou non d'une obligation de notification, les délais impératifs de mise en œuvre, etc.), identifier les conséquences prévues au contrat en cas d'évènement de force majeure (suspension, résiliation du contrat, etc).

En l'absence de définition contractuelle, il s'agira de se référer à la définition de l'article 1218 du Code civil, qui dispose qu' « il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un évènement 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. »

Ainsi, la force majeure est caractérisée cumulativement par :

- (i) un évènement échappant au contrôle du débiteur (extériorité) – Un évènement est considéré comme étant extérieur aux parties lorsqu'il n'est pas causé et ne dépend pas d'elles. En l'occurrence, l'épidémie de Covid-19 est bien un évènement qui échappe au contrôle de l'entreprise et qui est indépendant de sa volonté, de même, par exemple, que l'interruption de vols internationaux décidée par certains Etats. En revanche, il est peu probable que le critère de l'extériorité soit retenu si l'impossibilité d'exécuter le contrat résulte de l'exercice du droit de retrait des salariés de l'entreprise en raison du risque de contagion. A l'inverse, si le virus provoquait une infection de nature à priver l'employeur de ses salariés, sans que cela ne soit de leur propre fait, dans ce cas la condition d'extériorité devrait être remplie ;
- (ii) un évènement qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat (imprévisibilité) – Ainsi, si le contrat a été signé avant le 29 février 2020 (déclaration officielle de l'épidémie du Covid-19 en France) ou, pour les contrats conclus avec des opérateurs étrangers et notamment chinois, le 30 janvier 2020 (déclaration d'urgence de santé publique de portée internationale par l'OMS), la clause de force majeure devrait pouvoir s'appliquer automatiquement, sans qu'il soit nécessaire que le contrat mentionne expressément le cas de l'épidémie. En revanche, si le contrat a été signé après le 29 février 2020 (ou le 30 janvier 2020, au niveau mondial), l'épidémie du Covid-19 n'était plus imprévisible et l'on pouvait raisonnablement anticiper que des mesures gouvernementales soient prises en cas d'aggravation de l'épidémie et, par conséquent, le coronavirus ne devrait pas être considéré comme un cas de force majeure exonérant l'entreprise de ses obligations contractuelles, sauf à ce que les parties aient expressément prévu l'épidémie comme un cas de force majeure dans le contrat ; et
- (iii) un évènement dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées (irrésistibilité) – L'évènement doit rendre l'exécution du contrat matériellement impossible et non pas seulement plus onéreuse ou plus compliquée. Il convient donc, pour valablement invoquer la force majeure, de démontrer l'existence d'un empêchement absolu. Le critère de l'irrésistibilité doit être analysé au cas par cas et la particularité dans le cas d'une épidémie telle que celle du Covid-19, est que l'appréciation de l'irrésistibilité est susceptible d'évoluer dans le temps, en fonction notamment du degré de contrainte des mesures restrictives gouvernementales qui pourraient être prises dans les jours et semaines à venir. En effet, si le virus, en tant que tel, peut ne pas permettre de remplir la condition d'irrésistibilité, les différentes mesures prises par certains gouvernements pourraient donc quant à elles rendre l'exécution du contrat impossible. Il en est ainsi de certaines mesures de confinement très strictes édictées en Chine ou en Italie. Les mesures prises actuellement en France, par exemple, pourraient ne pas paraître, à ce stade, suffisantes pour que l'exécution d'un contrat soit impossible puisque, sur simple attestation sur l'honneur il est possible de se rendre à son lieu de travail lorsque le télétravail est impossible ou n'est pas mis en place par l'employeur. De même, les restrictions de voyage et la suspension de nombreux vols, voire la fermeture de certains aéroports, peut empêcher l'exécution de certaines prestations, notamment lorsque celles-ci sont effectuées par l'arrivée d'expatriés sur la base d'un système de rotation. Si le contrat concerne, par exemple, l'organisation d'un évènement rendu impossible du fait des mesures gouvernementales interdisant depuis le 14 mars 2020 à certains établissements d'accueillir du public et interdisant tout rassemblement, réunion

ou activité mettant en présence de manière simultanée plus de 100 personnes en milieu clos ou ouvert, il pourrait être soutenu que les fermetures à la demande du gouvernement et le confinement sont un « Fait du Prince », c'est-à-dire un événement ayant un caractère de force majeure causé par une décision unilatérale de l'administration à laquelle l'organisateur de l'événement ne peut s'opposer.

La jurisprudence française a, par le passé, écarté la qualification de force majeure invoquée pour cause d'épidémie (i) lorsque l'épidémie de chikungunya ne pouvait être considérée imprévisible et surtout irrésistible puisque dans tous les cas, cette maladie soulagée par des antalgiques était généralement surmontable et que le prestataire pouvait honorer sa prestation durant cette période¹, (ii) lorsque le virus Ebola n'avait pas rendu l'exécution des obligations impossible², (iii) lorsque l'épidémie de Dengue présentait un caractère récurrent et donc prévisible³, (iv) lorsqu'aucun lien de causalité n'était caractérisé entre le virus Ebola et la baisse d'activité de la société⁴, et (v) lorsque la présence du virus H1N1 avait été largement annoncée et prévue même avant la mise en œuvre d'une réglementation sanitaire spécifique⁵.

Il appartiendra donc à la partie invoquant la force majeure de démontrer que les critères décrits ci-dessus sont réunis et, en particulier, l'impossibilité de mettre en place des mesures alternatives pour permettre l'exécution des obligations et le lien de causalité entre le Covid-19 et l'impossibilité d'exécuter ses obligations. Concernant le critère de l'imprévisibilité, celui-ci devrait être considéré rempli pour les contrats conclus avant la déclaration officielle de l'épidémie en France (ou au niveau mondial). S'agissant des contrats conclus postérieurement à ces dates, l'entreprise pourrait se voir opposer que la condition d'imprévisibilité n'est pas remplie.

L'on pourrait tenter d'utiliser le concept de « cas fortuit » pour atténuer les conditions de la force majeure tout en bénéficiant de son effet exonératoire conformément à l'ancien article 1148 du Code civil, comme cela a pu être fait par le passé. Il convient de noter, à ce titre, que cette notion permettait simplement une exonération de responsabilité et non la suspension de l'obligation. Au demeurant, la tendance la plus récente est de considérer le cas fortuit comme un synonyme de la force majeure. D'ailleurs, ce concept n'a pas été repris dans le Code civil modifié par la réforme du droit des obligations de 2016, pour justifier de la suspension d'une obligation et/ou de l'exonération de responsabilité pour inexécution de l'obligation.

⇒⇒**Action** : analyser les critères de la force majeure, au cas par cas, sur la base d'une revue exhaustive des contrats.

1.1.3. Identification de l'impact économique de l'épidémie de Covid-19 sur le contrat

Il s'agira d'identifier l'impact de l'épidémie de Covid-19 sur le contrat et justifier que celui-ci empêche l'exécution des obligations contractuelles. Ainsi :

- *en cas d'empêchement partiel*, le débiteur de l'obligation ne sera libéré que des seules obligations concernées par le cas de force majeure en cas d'impossibilité partielle d'exécution du contrat (dans la mesure où lesdites obligations ne sont pas essentielles) ;
- *en cas d'empêchement temporaire*, les obligations seront suspendues, sauf à ce que le retard et les conséquences qui résulteraient de cette suspension pour le créancier ne justifient la résolution du contrat ; et
- *en cas d'empêchement définitif*, le contrat sera résolu de plein droit et les parties seront libérées de leurs obligations respectives (avec restitutions).

Quelques précautions élémentaires doivent également être prises avant de déclarer la force majeure. En effet, les prestations suspendues pour cas de force majeure n'ont évidemment plus à être payées. Suspendre ses prestations entraîne donc une perte de revenus qu'il convient d'anticiper avec soin, notamment dans la situation actuelle qui risque de durer. De plus, une entreprise peut être à la fois dans une position de fournisseur de prestations et de bénéficiaire de prestations. Une attitude cohérente quant à la force majeure doit être adoptée, sur la base d'une analyse détaillée des contrats de l'entreprise.

⇒⇒**Action** : vérifier l'impact économique sur le contrat.

1.1.4. Autres considérations

- Notification / communication – Il s'agira de vérifier si le contrat contient des stipulations spécifiques sur les modalités et délais de notification d'un cas de force majeure, avant de prendre attache avec le cocontractant afin de l'informer de l'impossibilité d'exécuter les obligations contractuelles, en démontrant les preuves du lien de causalité entre le retard ou l'empêchement de satisfaire aux obligations contractuelles et l'épidémie de Covid-19

et, le cas échéant, négocier des mesures alternatives raisonnables afin de continuer à exécuter le contrat. Le délai de notification contractuellement prévu est parfois préfix et son non-respect peut entraîner -si cela est expressément prévu par le contrat- la perte du droit d'invoquer la force majeure.

- Bonne foi – Au titre de l'article 1104 du Code civil, les contrats doivent être exécutés de bonne foi et cette disposition est d'ordre public. L'entreprise devra veiller à se conformer à cette obligation de bonne foi, notamment dans la rapidité de la notification, dans le contenu des informations transmises à son cocontractant, dans sa coopération avec l'autre partie, etc.

⇒⇒**Action** : vérifier l'opportunité / nécessité de notifier la force majeure au cocontractant.

1.2. Imprévision – Renégociation du contrat

1.2.1. Intérêt

L'entreprise pourra obtenir une renégociation (révision ou adaptation du contrat) afin de réduire l'impact financier (par exemple, en renégociant les pénalités de retard) ou la résolution du contrat, sous réserve toutefois que le contrat ait été conclu après le 1^{er} octobre 2016. Il convient de souligner que si l'imprévision peut viser à conserver le lien contractuel tout en l'aménageant, elle peut cependant entraîner sa rupture définitive. Il s'agit là d'un risque à prendre en compte.

1.2.2. Définition de l'imprévision

La théorie de l'imprévision a été introduite à l'article 1195 du Code civil, par la réforme du droit des contrats de 2016.

Avant de se pencher sur les conditions de mise en œuvre de l'imprévision, il s'agira de s'assurer que le contrat ne contient pas de clause définissant les circonstances imprévisibles ou excluant l'application de l'article 1195 du Code civil.

⇒⇒**Action** : vérifier que le contrat n'exclut pas l'imprévision.

L'article 1195 du Code civil dispose 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. 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.* »

Dans le cas où l'entreprise verrait ses obligations impactées par l'épidémie de Covid-19, sans pour autant souhaiter invoquer la force majeure, elle pourra, le cas échéant, demander à son cocontractant de renégocier les termes du contrat en raison d'un changement de circonstances imprévisible rendant l'exécution de ses obligations excessivement onéreuse. Il s'agira toutefois, ici encore, d'être en mesure de démontrer l'imprévisibilité du changement de circonstances au moment de la conclusion du contrat.

Toutefois, il est à noter qu'à défaut d'accord entre les parties, le contrat continue de s'appliquer, sauf à ce que le juge en prononce la résiliation. Or, en raison de la crise sanitaire actuelle, les tribunaux fonctionnent au ralenti, rendant théorique le recours au juge dans la situation actuelle.

⇒⇒**Action** : vérifier que les conditions pour invoquer l'imprévision sont remplies au cas par cas, identifier les éléments de renégociation et prendre attache avec le cocontractant.

2. En cas de défaut d'exécution du cocontractant

Dans le cas où ce serait le cocontractant qui se prévaudrait de la situation actuelle sans toutefois être en mesure de valablement mettre en œuvre la force majeure ou l'imprévision, l'entreprise pourrait envisager plusieurs hypothèses pour réduire l'impact de défaut d'exécution de son cocontractant résultant de l'épidémie de Covid-19, notamment :



- l'exécution forcée, en demandant en justice une injonction, sous astreinte, contre le cocontractant, de s'exécuter ou en faisant exécuter le contrat par un tiers, aux frais du cocontractant (cette possibilité s'avère cependant théorique en raison du fonctionnement actuellement limité des tribunaux en raison de la crise sanitaire) ;
- la demande de révision du prix (pour les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016). Si le cocontractant finit par exécuter ses obligations, l'entreprise pourrait demander une réduction du prix en raison du retard, par exemple ;
- l'exception d'inexécution, permettant à l'entreprise de suspendre ses propres obligations tant que l'autre partie n'exécute pas les siennes au titre du contrat ; et
- la résiliation du contrat (en cas de manquement grave) et la demande de dommages et intérêts, en mettant en œuvre la clause résolutoire du contrat s'il en existe une, ou en demandant la résiliation devant les tribunaux pour les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 et, pour les contrats conclus postérieurement à cette date, en notifiant la résiliation au cocontractant au titre de l'article 1226 du Code civil, avec demande de dommages et intérêts (voire en mettant en œuvre la clause pénale, s'il en existe une dans le contrat).

Il s'agira également, si la santé financière du cocontractant paraît fragile, d'agir vite notamment pour se prémunir de l'ouverture d'une procédure collective qui pourrait paralyser les mécanismes juridiques décrits ci-dessus.

Enfin, au-delà des mécanismes classiques précités, une approche alternative, basée sur un ajustement de l'exécution de l'obligation, pouvant par exemple aller jusqu'à son décalage pourrait être explorée. En effet, que ce soit le nouveau ou l'ancien Code civil, il est constant en droit français que le contrat oblige non seulement à ce qui y est exprimé mais également aux suites que lui donne l'équité, l'usage ou la loi (ancien article 1135 du Code civil ou nouvel article 1194 depuis la réforme de 2016). Par ailleurs, il est important de rappeler que l'employeur est tenu *par la loi* de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale de ses salariés (article L. 4121-1 du Code du travail). Il s'agit là d'une obligation de résultat⁶. Il serait dès lors possible de soutenir que l'application combinée de ces dispositions du Code civil et du Code du travail permettent une adaptation de l'obligation à la situation de crise sanitaire que nous vivons, autorisant un report de certaines obligations. Il s'agit là d'une piste à creuser.

ABOUT KING & SPALDING

Celebrating more than 130 years of service, King & Spalding is an international law firm that represents a broad array of clients, including half of the Fortune Global 100, with 1,100 lawyers in 21 offices in the United States, Europe, the Middle East and Asia. The firm has handled matters in over 160 countries on six continents and is consistently recognized for the results it obtains, uncompromising commitment to quality, and dedication to understanding the business and culture of its clients.

This alert provides a general summary of recent legal developments. It is not intended to be and should not be relied upon as legal advice. In some jurisdictions, this may be considered "Attorney Advertising." View our [Privacy Notice](#).

ABU DHABI	BRUSSELS	DUBAI	HOUSTON	MOSCOW	RIYADH	SINGAPORE
ATLANTA	CHARLOTTE	FRANKFURT	LONDON	NEW YORK	SAN FRANCISCO	TOKYO
AUSTIN	CHICAGO	GENEVA	LOS ANGELES	PARIS	SILICON VALLEY	WASHINGTON, D.C.

1 Cour d'appel de Basse-Terre, 1^{ère} Chambre civile, Arrêt du 17 décembre 2018, Répertoire général n° 17/00739.

2 Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 3, Arrêt du 29 mars 2016, Répertoire général n° 15/05607.

3 Cour d'appel de Nancy, 1^{ère} Chambre civile, Arrêt du 22 novembre 2010, Répertoire général n° 09/00003.

4 Cour d'appel de Paris, Pôle 6, Chambre 12, Arrêt du 17 mars 2016, Répertoire général n° 15/04263.

5 Cour d'appel de Besançon, 2^{ème} Chambre commerciale, Arrêt du 8 janvier 2014, Répertoire général n° 12/02291.

6 Cour de cassation, chambre sociale, 22 février 2002, pourvoi n° 99-18389.