

Avocats Associés

Thierry VERNHET

Nicolas JONQUET

Alain COHEN-BOULAKIA

Eve TRONEL-PEYROZ

Jérôme JEANJEAN

Arnaud LAURENT

Christophe FEBVRE

Stéphane DESTOURS

Jean-Claude ATALI

Nathalie MONSARRAT

Emilie VERNHET-LAMOLY

Antoine SILLARD

Avocats

Odile LABERTRANDE

Delphine RIGEADE

Charlotte CARDI

Guillaume MONFLIER

Charles BORKOWSKI

Simon VANDEWEEGHE

Fanny JOUSSARD

Mathias GIMENEZ

Valentine ROBERT-GILBERT

Xavier HEMEURY

Alfauame LLORCA-VALERO

Olivia ROUGEOT

Sarah LAASSIR

Mathilde IGNATOFF

Dania CHALA

Eleni LIPSOS

Julie SANCHEZ

DoaB BENJABER

Sophie MAUREL

Isabelle MERLY-CHASSOUANT

Céline THIL

Sandrine MARTY

Lucile FONTANILLES

Anais KOPPEL

Agothe Le QUELLEC

Alexandra VALENZA

Partenaire

Estelle RODRIGUEZ

L'EXECUTION DES CONTRATS PENDANT LA CRISE SANITAIRE

Selon l'article 4 de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 dite d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, la durée de l'état d'urgence sanitaire est fixée à deux mois, soit jusqu'au 23 mai 2020.

Se pose ainsi la question de l'exécution des contrats pendant cette période.

I. LES MOYENS JURIDIQUES EN CAS D'IMPOSSIBILITE D'EXECUTER UN CONTRAT EN COURS**A. La force majeure :**

1. – LA DEFINITION DE LA FORCE MAJEURE. Selon l'alinéa premier de l'article 1218 du Code civil :

« Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement 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 ».

Ainsi, tout événement constitue une force majeure s'il présente les trois caractères suivants :

- indépendant de la volonté de la partie qui ne peut plus exécuter ses obligations ;
- raisonnablement imprévisible lors de la conclusion du contrat ;
- il rend impossible l'exécution dudit contrat et est alors qualifié d'irrésistible.

Le Ministre de l'Economie et des Finances, Bruno Le Maire, a déclaré dans son discours du 28 février dernier que le coronavirus devait être considéré comme un cas de force majeure pour les entreprises.

Toutefois, la qualification de force majeure relèvera en principe de la seule et libre appréciation du juge.

Or, s'agissant des épidémies passées, les juridictions ont fait preuve de réticence quant à la qualification de cas de force majeure.

Les juges français ont en effet tendance à interpréter strictement les conditions de l'article 1218 du Code civil, voir à refuser la qualification de force majeure dans l'hypothèse de survenance d'épidémies.

(Épidémies de grippe H1N1 de 2009 : CA BESANCON, 8 janvier 2014, n° 12/02291 ; de la peste : CA PARIS, 25 septembre 1998, JurisData n°1996/08159 ; du virus la dengue : CA NANCY, 22 novembre 2010, n° 09/00003 ; ou encore du virus du Chikungunya : CA BASSE TERRE 17 décembre 2018, n° 17/00739)

Les décisions des juges étaient toutefois fortement influencées par les circonstances d'espèce, notamment au regard de la prévisibilité et de l'annonce qui avait pu être faite concernant cette épidémie.

Dès lors et s'agissant du coronavirus, la qualification de force majeure sera appréciée au cas par cas.

Notamment, la qualification de force majeure dépendra de la date de conclusion du contrat, l'imprévisibilité de l'événement s'appréciant **au jour de la conclusion du contrat**.

En effet, l'étude de la jurisprudence permet de considérer que la qualification de force majeure est refusée lorsque l'épidémie préexiste au contrat.

Il a par exemple pu être considéré s'agissant de l'épidémie de chikungunya :

« il doit être souligné que l'épidémie de chikungunya a débuté en janvier 2006 et ne peut être retenue comme un événement imprévisible justifiant la rupture du contrat en août suivant après une embauche du 4 juin. [...] Ainsi, dans les faits, la force majeure alléguée fait défaut »

(Saint-Denis de la Réunion, 29 déc. 2009, n° 08/02114)

On pourrait en effet imaginer que s'agissant d'un contrat conclu à compter de janvier 2020 l'épidémie ne puisse pas être considérée comme un cas de force majeure dès lors qu'elle était d'ores et déjà connue depuis la fin de l'année 2019 sur le continent asiatique et que ses conséquences sur l'économie se faisaient déjà ressentir. Pour cela, il conviendra de s'interroger sur le moment à partir duquel l'impact du coronavirus sur le contrat aurait pu être anticipé.

Par ailleurs, lorsque l'épidémie est connue, endémique et non létale, la jurisprudence n'admet pas la force majeure.

La jurisprudence a par exemple relevé, s'agissant du virus chikungunya, que l'épidémie ne peut être considérée comme ayant un caractère imprévisible et surtout irrésistible puisque cette maladie soulagée par des antalgiques est généralement surmontable.

(Basse-Terre, 17 déc. 2018, n° 17/00739)

Aussi, les mesures gouvernementales très strictes adoptées ces derniers jours concernant le coronavirus, en sus de l'évènement épidémique, pourraient être un élément déterminant dans la qualification de force majeure : la distanciation sociale, le confinement imposé, la fermeture des lieux publics sont d'autant d'éléments susceptibles d'empêcher l'exécution de certains contrats.

Cette situation étant inédite, ces mesures représentent un argument non négligeable devant les juges.

Mais encore, d'autres éléments tels que l'obligation d'information de son cocontractant dans un délai donné, l'obligation de négocier les aménagements contractuels de bonne foi, sont également d'autant d'éléments que le juge prendra en compte en cas de litige.

La qualification de force majeure dépendant également de vos stipulations contractuelles, le cabinet d'avocats SVA reste à votre disposition afin d'auditer l'ensemble de vos contrats.

Nota : La cour d'appel de Colmar vient de statuer sur la qualification de force majeure de l'épidémie de COVID -19. Saisie de la rétention administrative d'une personne qui n'a pu comparaitre, la Cour a jugé à cette occasion que : « ces circonstances exceptionnelles, entraînant l'absence de M. G. à l'audience de ce jour revêtent le caractère de la force majeure, étant extérieures, imprévisibles et irrésistibles, vu le délai imposé pour statuer et le fait que, dans ce délai, il ne sera pas possible de s'assurer de l'absence de risque de contagion et de disposer d'une escorte autorisée à conduire M. G. à l'audience. De plus, le CRA de Geispolheim a indiqué ne pas disposer de matériel permettant d'entendre M. G. dans le cadre d'une visio-conférence, ce dont il résulte qu'une telle solution n'est pas non plus envisageable pour cette audience ».

(CA COLMAR, 6^e ch., 12 mars 2020, n° 20/01098)

2. – LES CONSEQUENCES DE LA QUALIFICATION DE FORCE MAJEURE.

Les effets produits par la force majeure pourront varier selon que l'impossibilité d'exécuter le contrat sera temporaire ou définitive.

L'article 1218 du Code civil dispose en son second alinéa que :

« 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 :

- soit l'empêchement est temporaire et l'exécution du contrat est suspendue **(i)**, voire résolue en cas de retard significatif ;
- soit l'empêchement est définitif et le contrat est résolu de plein droit **(ii)**.

(i) La suspension du contrat :

Il ressort de cette disposition que, lorsque l'empêchement est temporaire, la force majeure produit un effet suspensif : l'exécution de l'obligation est suspendue jusqu'à ce que l'empêchement disparaisse.

Par exception, lorsque la date d'exécution de la prestation est un élément essentiel du contrat pour le créancier, ce dernier est fondé à en demander soit la résolution, soit l'anéantissement rétroactif.

(ii) La résolution du contrat :

Le contrat sera résolu de plein droit en cas d'empêchement définitif et les parties seront alors libérées de leurs obligations.

Une telle résolution entraînera la remise en état des parties au jour de la formation du contrat et générera ainsi des restitutions.

L'article 1229 alinéa 3 du Code civil dispose en effet que :

« La résolution met fin au contrat (...)

Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation.

Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 ».

La restitution sera particulièrement envisagée pour les contrats translatifs de propriété, tels que notamment les ventes, cessions, apports, donations.

(iii) L'effet exonératoire de la force majeure :

La force majeure produira par ailleurs un effet exonératoire et ce que l'empêchement soit temporaire ou définitif.

En effet, en application de l'article 1231-1 du Code civil :

« 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 ».

Autrement dit, aucun dommages et intérêts ne seront dus au créancier si le débiteur démontre qu'il a été empêché d'exécuter son obligation par un cas de force majeure.

⇒ Le Cabinet d'avocats SVA tient par ailleurs à attirer votre attention sur les risques liés à une qualification de rupture brutale des relations commerciales établies qui pourraient survenir dans de telles circonstances :

Vous serez certainement tenté de faire appel à de nouveaux fournisseurs, aptes à vous approvisionner alors que l'actuel en serait dans l'incapacité.

Nous appelons toutefois à la prudence : le risque de qualification de rupture brutale des relations commerciales établies demeure.

Quid de l'entrepreneur atteint du coronavirus ?

Il peut facilement être admis, dès lors que la maladie du débiteur d'une prestation l'empêche effectivement de la fournir, que celle-ci présente un caractère imprévisible de nature à constituer une force majeure.

Ainsi, l'incapacité physique résultant de l'infection et de la maladie grave survenue après la conclusion du contrat sont des éléments potentiellement constitutifs de force majeure.

Un entrepreneur personnellement affecté par le coronavirus, et se trouvant ainsi dans l'incapacité d'exécuter les prestations objet du contrat, pourrait faire valoir la force majeure dès lors qu'il se trouve dans l'incapacité physique de fournir une prestation, d'autant plus si l'exécution de la prestation nécessitait de contrevenir aux mesures de confinement imposées.

B. LA NOTION D'IMPREVISION CONTRACTUELLE

1. – LA DEFINITION DE LA NOTION D'IMPREVISION CONTRACTUELLE. L'article 1195 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, introduit pour la première fois un mécanisme général de révision ou d'extinction du contrat pour imprévision, applicable aux contrats formalisés depuis le 1er octobre 2016 :

« 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 ».

Trois conditions sont ainsi requises :

- un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat. Il ressort, comme pour la notion de force majeure, une appréciation *in abstracto* par référence à ce qui a pu être raisonnablement prévu ;
- une exécution rendue excessivement onéreuse. Ainsi, les juges disposent d'une liberté d'appréciation quant au caractère excessivement onéreux ;
- une absence d'acceptation antérieure du risque, ce qui vise bien évidemment avant tout les contrats aléatoires, mais aussi les clauses d'acceptation des risques.

Contrairement à la notion de force majeure, l'imprévision ne rend pas impossible l'exécution du contrat mais la rend excessivement onéreuse.

A n'en pas douter, l'épidémie du coronavirus pourrait entrer dans un cas d'imprévision.

Cette notion d'imprévision d'ordre légal est supplétive. Les parties peuvent en conséquence aménager contractuellement cette notion et l'adapter à leurs besoins, sécurisant ainsi leurs relations contractuelles.

Il conviendra toutefois au préalable, d'analyser vos dispositions contractuelles aux fins de s'assurer que l'une des parties n'a pas accepté le risque d'un changement de circonstances imprévisibles.

2. – LES CONSEQUENCES DE L'IMPREVISION. En cas d'imprévision, les parties peuvent solliciter la renégociation de leur contrat.

L'article 1195 du Code civil dispose en ce sens que :

« 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 ».

Les parties peuvent contractuellement exclure l'application de l'article 1195 du Code civil ou aménager ses conditions d'application.

Quid de l'exécution des baux commerciaux ?

Les parties au bail commercial peuvent-elles suspendre leurs obligations contractuelles du fait de l'épidémie du coronavirus et de la fermeture exceptionnelle de certains commerces et entreprises?

La question de la suspension du paiement des loyers est délicate puisque ce paiement constitue l'obligation essentielle du preneur à bail.

1. – LA FORCE MAJEURE ET LA SUSPENSION DU PAIEMENT DES LOYERS ET CHARGES.

A la suite de l'annonce de la fermeture de l'ensemble des centres commerciaux du 15 mars au 15 avril 2020, le Conseil National des Centres Commerciaux (CNCC) a recommandé à ses adhérents bailleurs de mettre en place les dispositifs suivants :

- une mensualisation des loyers et charges facturés au titre du deuxième trimestre 2020 ;
- une suspension temporaire de la mise en recouvrement des loyers et charges du mois d'avril, dans l'attente des décisions qui seront prises par le gouvernement d'ici au 15 avril.

Pour de plus amples informations s'agissant de ces mesures, vous pouvez retrouver le communiqué de presse officiel [ici](#).

Le 18 mars, cinq fédérations majeures du commerce (l'Alliance du commerce, la Fédération du commerce Coopératif et Associé, la Fédération pour la Promotion du Commerce Spécialisé, la Fédération Française de la Franchise et la Fédération Nationale de l'Habillement) ont appelé à la solidarité et demandent aux bailleurs :

- Pour les commerces fermés :
 - l'annulation pure et simple des loyers et des charges pour la durée de la fermeture des commerces,
 - le remboursement des sommes déjà versées pour la période du 14 au 31 mars.
- Pour les commerces dont l'exploitation est possible :
 - le paiement mensuel des loyers à terme échu et l'adaptation du montant des loyers au niveau de l'activité réelle.

Les cinq fédérations demandent également, pour la survie des locataires et des différents points de vente, la suspension de la mise en œuvre des pénalités et garanties contractuelles (dépôt de garantie, cautions, garanties à première demande)

Vous pouvez retrouver le communiqué de presse officiel [ici](#).

De plus amples précisions devraient être annoncées dans les prochains jours.

Il est ainsi recommandé de se rapprocher, bailleur et preneur, afin de tenter de trouver une solution temporaire et amiable et à la retranscrire par écrit.

Il est à noter que la réponse à cette question n'est pas si simple car la Cour de cassation a jugé 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* », limitant ainsi le champ d'application de la force majeure aux obligations de faire et/ou de donner.

(Cass. com., 16.09.2014, n°13-20.306)

2. – L'IMPREVISION.

Dans les cas où la force majeure ne serait pas applicable, se pose là encore la question de l'imprévision.

S'agissant des deux premières conditions, à savoir un changement de circonstances et une absence d'acceptation du risque, l'épidémie de coronavirus semble parfaitement y répondre. La troisième condition, à savoir une exécution rendue excessivement onéreuse, est moins certaine.

En effet, les conséquences en tant que telles de l'épidémie du coronavirus n'ont pas pour effet de rendre un contrat inexécutable. Le contrat tel qu'il avait été conclu antérieurement continuera d'être exécuté par les parties dans les mêmes conditions qu'auparavant, à la différence fondamentale que cette exécution sera réalisée à perte pour l'une des parties.

Dans les cas de fermeture des centres commerciaux par exemple, la disproportion ou le déséquilibre sera manifeste entre les obligations des parties, le preneur étant confronté à de grandes difficultés de paiement de ses loyers et charges tenant son défaut d'activité.

L'exécution de ses obligations dans les circonstances actuelles, notamment le paiement de son loyer, pourrait alors être considéré comme excessivement onéreuse et ainsi remplir les conditions de l'imprévision.

Il est toutefois difficile pour l'heure d'apporter une réponse non équivoque à cette question. Il conviendra tout d'abord de vérifier les clauses du bail afin de déterminer si une telle situation a été envisagée.

3. – L'EXCEPTION D'INEXECUTION.

Dans le cas d'une activité concernée par les mesures de fermeture décrétées par le Gouvernement, le locataire commercial pourrait opposer à la demande de paiement des loyers et charge du bailleur le principe de l'exception d'inexécution des articles 1219 et suivants du Code civil.

En effet, le bailleur est tenu d'une obligation essentielle de délivrance à laquelle il manque s'agissant des activités fermées sur ordre du gouvernement.

Le locataire ne pouvant ainsi jouir du local donné à bail pourrait ainsi opposer au bailleur son manquement à l'obligation de délivrance pour refuser légitimement le paiement des loyers et charges.

Il est à noter que l'article 4 de l'ordonnance prévoit que :

« Les personnes mentionnées à l'article 1er ne peuvent encourir de pénalités financières ou intérêts de retard, de dommages-intérêts, d'astreinte, d'exécution de clause résolutoire, de clause pénale ou de toute clause prévoyant une déchéance, ou d'activation des garanties ou cautions, en raison du défaut de paiement de loyers ou de charges locatives afférents à leurs locaux professionnels et commerciaux, nonobstant toute stipulation contractuelle et les dispositions des articles L. 622-14 et L. 641-12 du code de commerce.

Les dispositions ci-dessus s'appliquent aux loyers et charges locatives dont l'échéance de paiement intervient entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai de deux mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 précitée. »

4. – LE DEFAUT D’EXPLOITATION D’UNE ACTIVITE DANS LE LOCAL DONNE A BAIL.

L’article L.145-1 du Code de commerce prévoit que l’exploitation d’un fonds de commerce conditionne l’application du statut des baux commerciaux.

Cette obligation d’exploitation effective peut faire l’objet d’une clause dans vos contrats de baux avec pour conséquence la possible résiliation du bail en cas de non-respect de celle-ci.

L’article L.145-17 du même code prévoit également que la cessation sans raison sérieuse et légitime de l’exploitation du fonds constitue un motif de refus du renouvellement du bail.

La cessation d’exploitation d’un fonds de commerce ne peut être toutefois constitutive d’un refus de renouvellement dès lors qu’elle est justifiée par un événement de force majeure ou des circonstances indépendantes de la volonté du locataire.

En effet, l’article L.145-8 du Code de commerce prévoit que le fonds doit, “*sauf motifs légitimes*”, avoir fait l’objet d’une exploitation effective au cours des trois dernières années qui précèdent la date d’expiration du bail.

La fermeture des commerces liés à l’épidémie du coronavirus sera très probablement considérée comme un motif légitime.

S’agissant de la résiliation, il convient de rappeler qu’elle ne peut être invoquée qu’à condition que le bailleur soit de bonne foi s’agissant de la nature des faits reprochés à son locataire.

Tenant les circonstances, il est d’évidence que de telles hypothèses de résiliation ou de refus de renouvellement pour défaut d’exploitation effective du fonds de commerce ne sauraient prospérer.

II. LA REDACTION DES CONTRATS:

Encore plus que jamais, le Cabinet d’avocats SVA est mobilisé pour vous accompagner dans la rédaction de vos contrats d’affaires :

- s’agissant des contrats en cours : en amendant certaines dispositions par avenant(s),
- s’agissant des futurs contrats : en anticipant une nouvelle pandémie et/ou en organisant les cas de force majeure, ses modalités et conséquences.

Les mêmes questions seront essentielles pour la rédaction de vos clauses d’imprévision, pour lesquelles il conviendra de déterminer plus précisément :

- Les circonstances imprévisibles. Il est notamment envisageable de lister les évènements qui viendraient bouleverser l’économie du contrat ;
- Le caractère d’une exécution excessivement onéreuse. Il est en effet primordial de déterminer ce que les parties peuvent entendre par une exécution excessivement onéreuse de leur contrat ainsi que les modalités de sa constatation ;
- L’information des parties et la mise en œuvre de la clause ;
- Les effets de la clause et leur encadrement : la renégociation, les modalités de celle-ci, les conséquences et les effets de l’échec de la renégociation. Il convient particulièrement pour son

efficacité d'encadrer les modalités de renégociation avec des délais fixes ou encore d'encadrer la saisine du juge ou de supprimer cette possibilité.

* * *
* *

Le Pôle droit commercial, financier et des entreprises en difficulté du Cabinet d'avocats SVA dispose de tous les outils et compétences nécessaires pour vous conseiller et vous accompagner.

Nous restons ainsi à votre entière disposition.

Nos sentiments dévoués,

Arnaud LAURENT, Avocat associé
alaurent@sv-avocats.com

Mathilde IGNATOFF, Avocat
mignatoff@sv-avocats.com

Lucile FONTANILLES, Avocat
lfontanilles@sv-avocats.com

Agathe LE QUELLEC, Avocat
alequellec@sv-avocats.com

