

Q&A : Anticiper les opportunités et sécuriser ses relations contractuelles après la crise sanitaire

Auteurs : Daniel Kadar, Stéphanie Abdesselam
22 juin 2020

ReedSmith

Driving progress
through partnership

Table des Matières

Focus 1 : Contours et implications contractuelles de la période dite « juridiquement protégée »

1. **Quelle est la finalité des mesures d'urgences adoptées par la France pendant la période de Covid-19 ?** 1
2. **Quel est le régime dérogatoire prévu par cette réglementation d'urgence concernant l'exécution contractuelle ?** 1
3. **Ces mesures sont-elles extraterritoriales et peuvent elles s'appliquer aux contrats internationaux ?** 2

Focus 2 : La gestion des difficultés d'exécution contractuelles liées à la crise sanitaire actuelle

4. **Quels sont les mécanismes légaux permettant à un prestataire, distributeur ou fournisseur de faire face à des difficultés d'exécution ?** 2
5. **Quels sont les recours dont dispose un créancier confronté à l'inexécution de son débiteur ?** 3

Focus 3 : La vie d'après : la prise en compte des impacts de la crise sanitaire dans les dispositions contractuelles

6. **Comment prendre en compte les risques contractuels liés à la crise sanitaire dans les négociations contractuelles ?** 4
7. **Comment à l'avenir, se prémunir contractuellement contre les risques d'une éventuelle pandémie future ou un retour du Covid-19 ?** 4

Focus 4 : Quelles solutions contractuelles pour diversifier les approvisionnements ?

8. **Comment diversifier ses fournisseurs en temps de crise ou substituer son fournisseur défaillant sans encourir de risque de responsabilité fondé sur la rupture brutale des relations commerciales établies ?** 4
9. **Une baisse de commandes fait-elle encourir un risque de responsabilité fondée sur la rupture brutale de relations commerciales établies ?** 5

La crise sanitaire causée par la pandémie du coronavirus a eu un impact immédiat sur les relations contractuelles des entreprises, occasionnant des inquiétudes tant sur la poursuite de relations contractuelles en cours que sur les conséquences induites par des difficultés d'exécution. Dans ce paysage économique incertain, des régimes juridiques dérogatoires inédits aménageant l'application de certaines règles pendant la crise ont été mis en place.

Les interrogations seront nombreuses au sortir de la période juridique d'« état d'urgence sanitaire » instaurée par le gouvernement. Quelle gestion contractuelle adopter, maintenant que nous mesurons l'impact d'une crise sanitaire sur les relations contractuelles ? Nous avons listé ci-dessous quelques points d'actualité car la période actuelle offre des opportunités contractuelles.

Focus 1 : Contours et implications contractuelles de la période dite « juridiquement protégée »

1. Quelle est la finalité des mesures d'urgences adoptées par la France pendant la période de Covid-19 ?

Afin de protéger les entreprises face aux problématiques induites par l'épidémie de Covid-19, le gouvernement français a adopté une série impressionnante de mesures d'urgence – près de 40 ordonnances – en un temps record. Ce nombre important s'applique aussi en raison de ce que ces ordonnances ont été remaniées au gré de l'évolution des conditions sanitaires, afin de les compléter, d'en étendre ou d'en limiter le champ d'application.

Ces mesures, techniquement complexes, ont créé à l'évidence de l'incertitude juridique

L'une des principales mesures provisoires (*l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020*) modifiée par l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 a instauré une période dite « juridiquement protégée » en y attachant des mesures de suspension ou de prorogation des délais échus jusqu'à l'expiration d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire.

L'état d'urgence sanitaire devant initialement s'étendre du 12 mars 2020 au 23 mai 2020 a été étendu récemment par la loi n°2020-546 du 11 mai 2020 au **10 juillet 2020**. Cette extension a conduit le gouvernement à revenir sur la durée d'application des mesures d'urgences s'inscrivant dans la période juridiquement protégée.

Ce qu'il faut dorénavant retenir est que le 23 juin est la date fixe de fin de la période juridiquement protégée (ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020).

La fenêtre d'opportunité de se prévaloir du mécanisme de protection va donc bientôt se refermer (cf. Focus 2 pour les questions de responsabilité et de recours). Les scénarii pour « la vie d'après » doivent ainsi désormais être anticipés.

2. Quel est le régime dérogatoire prévu par cette réglementation d'urgence concernant l'exécution contractuelle ?

Le régime prévoit la suspension temporaire de la mise en œuvre des clauses contractuelles sanctionnant l'inexécution d'un débiteur dans un délai déterminé. Sont ainsi suspendues provisoirement :

- les astreintes,
- les clauses pénales,
- les clauses résolutoires et
- les clauses prévoyant une déchéance en cas d'inexécution d'une obligation.

Attention : dans la mesure où les mécanismes de nature contractuelle sont exclusivement concernés par ces mesures d'urgence, les mécanismes de sanction **issus de la loi** ont vocation à continuer à s'appliquer normalement, tels que pénalités de retard à un taux légal. En revanche, les pénalités de retards **contractuelles**, précisément les intérêts de retard dont le montant conventionnellement prévu excède le taux légal, ont été a priori suspendus par le mécanisme de l'ordonnance.

Cette disposition offre un bouclier de protection plus avantageux pour le débiteur défaillant que le mécanisme de force majeure, dans la mesure où il peut être actionné quelle que soit la raison du manquement : le débiteur n'aura en conséquence pas à démontrer que l'inexécution ou le manquement est directement imputable à la crise sanitaire.

Concernant les clauses pour lesquelles il peut exister une incertitude quant au droit pour le créancier de les mettre en œuvre pendant la durée juridiquement protégée, le contexte invite à une grande prudence, et nécessite une interprétation.

Il faut noter que ces dispositions n'étant pas d'ordre public, **les parties peuvent renoncer via une manifestation de volonté non équivoque à ce mécanisme de protection**. Il est donc opportun pour les créanciers désireux de contourner ce mécanisme et de conserver des moyens dissuasifs d'exécution de conclure préalablement ces accords dérogatoires avec leur cocontractant, ou désormais d'attendre le 23 juin 2020.

3. Ces mesures sont-elles extraterritoriales et peuvent elles s'appliquer aux contrats internationaux ?

Tout d'abord, il convient de vérifier la loi applicable aux relations contractuelles.

Si le contrat en question est régi par la loi française, ce mécanisme de suspension s'applique de plein droit, quand bien même le contrat serait exécuté hors de France, sauf dérogation prévues par les parties au contrat.

Si le contrat est soumis à une loi étrangère mais implique une société française, la réponse est plus ambivalente et dépendra de la nature accordée à ces mesures, à savoir si elles seront ou non reconnues comme étant des « lois de police ». Bien que cette qualification doive être définie par les tribunaux, le Ministère de la Justice français a semblé s'orienter, dans une circulaire du 17 avril 2020, vers cette qualification de loi de police, élargissant ainsi le champ d'application de ces dispositions extraordinaires.

Focus 2 : La gestion des difficultés d'exécution contractuelles liées à la crise sanitaire actuelle

4. Quels sont les mécanismes légaux permettant à un prestataire, distributeur ou fournisseur de faire face à des difficultés d'exécution ?

Lorsque l'exécution du contrat devient impossible ou excessivement onéreuse pour une entreprise en raison des désordres causés par l'épidémie de Covid-19, le droit français met à la disposition des parties deux mécanismes juridiques – la force majeure et l'imprévision – qui pourront être exercées librement à la condition que le contrat ne comporte pas de renonciation formelle à ces dispositions légales.

La force majeure : la partie au contrat empêchée d'exécuter ses engagements contractuels pourra invoquer l'article 1218 du code civil ou les dispositions de force majeure prévues contractuellement pour se libérer de ses obligations dès lors que l'évènement de force majeure invoqué est :

- *extérieur*, c'est-à-dire qu'il échappe au contrôle du débiteur.
- *irrésistible*, ce qui signifie que ses effets ne peuvent être évités par d'autres mesures.
- *imprévisible* au moment de la conclusion du contrat : l'épidémie de Covid-19 remplit cette condition pour les contrats conclus avant que l'importance de l'épidémie ne soit connue. Il est aujourd'hui difficile de savoir précisément la date qui sera retenue par les tribunaux français, mais elle sera certainement située entre le 30 janvier 2020, date de l'annonce

officielle de l'OMS se prononçant sur la qualification d'épidémie et la date de début de la période de crise sanitaire fixée le 12 mars 2020. **Pour les contrats conclus postérieurement à cette date, la condition d'imprévisibilité de l'épidémie de Covid-19 sera à l'évidence contestable.**

La partie qui démontre la force majeure pourra se libérer de ses obligations sans être tenue de dédommager son cocontractant.

Il faudra aussi dissocier – pour une même relation contractuelle – via la notion d « empêchement partiel », les obligations contractuelles réellement affectées par le cas de force majeure des celles dont l'exécution reste possible.

Attention : l'invocation d'un événement de force majeure pour s'exonérer d'une obligation de paiement – en raison notamment de la difficulté de démonstration du lien de causalité – n'a à ce jour pas été encore admis par les juridictions françaises, et les toutes premières décisions post Covid-19 ne dérogent pas à ces règles, sauf à ce que le contrat prévoit des dispositions particulières aménageant contractuellement la définition de la force majeure (cf : très récente affaire Total Direct Energie et EDF, Tribunal de commerce de Paris, 20 mai 2020 n°2020016407).

L'imprévision : L'imprévision se caractérisera ainsi dès lors qu'un bouleversement imprévisible du contrat a lieu du fait d'une exécution devenue démesurément coûteuse, sans pour autant que cette exécution soit impossible. Les dispositions de l'article 1195 du Code Civil permettent à la partie en difficulté de solliciter une renégociation des dispositions contractuelles en vue de rétablir un équilibre souhaité, la rédaction de nouvelles dispositions pouvant également être opérée par le juge ou d'obtenir la résolution contractuelle ou judiciaire du contrat en cas d'échec de la renégociation.

C'est un mécanisme récent, qui date de la réforme du droit des contrats en 2016, et qui n'a pas encore été « testé » par la jurisprudence en cas de crise.

Attention : l'obligation de renégociation devient un risque opérationnel car cette renégociation est désormais prévue par la loi.

Ce mécanisme est à regarder de très près car c'est celui qui va chronologiquement succéder à celui de la Force Majeure. Les parties qui voudraient s'en prévaloir devant en anticiper habilement la mise en œuvre.

5. Quels sont les recours dont dispose un créancier confronté à l'inexécution de son débiteur ?

La suspension de nombreuses prérogatives contractuelles contraint à l'évidence les créanciers à renoncer temporairement aux mécanismes susceptibles de contraindre leurs débiteurs à s'exécuter.

Toutefois, les créanciers disposent toujours pour se défendre de certains mécanismes légaux, qui doivent toutefois être mis en œuvre avec prudence et bonne foi compte tenu des circonstances extraordinaires qui entourent actuellement l'exécution des relations contractuelles.

Selon que l'entreprise fait face à l'inexécution de son fournisseur ou d'un autre type de partenaire contractuel, elle est conduite à mettre en place des actions dont les finalités divergent.

- Dans le cas où une société est confrontée à l'inexécution d'un fournisseur, elle peut vouloir assurer une continuité des prestations qui lui sont nécessaires pour la poursuite de sa propre activité. En ce sens, une renégociation du contrat prenant en compte des aménagements, voire le recours temporaire à un prestataire subsidiaire pourra être envisagée. A ce titre, il conviendra de vérifier si le contrat contient une clause de substitution en cas de défaillance du partenaire ou de mettre en œuvre sous certaines conditions le mécanisme légal donnant la faculté à un créancier de faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur.
- Dans le cas d'une inexécution du débiteur d'une obligation de paiement □ laquelle ne peut en principe pas être exonérée par la force majeure □ son cocontractant pourra plutôt être conduit à mettre en œuvre des mécanismes de sanction prévus par la loi, lesquels ne sont pas suspendus par les ordonnances susvisées.

A ce titre, le mécanisme d'exception d'inexécution qui permet à un cocontractant de suspendre l'exécution de ses propres obligations contractuelles, peut valablement être actionné, sous réserve de respecter les conditions légales régissant son application. Il faut préciser à ce titre que la jurisprudence admet la mise en œuvre du mécanisme d'exception d'inexécution, même en cas d'une force majeure avérée affectant l'exécution de ses obligations par le cocontractant.

Focus 3 : La vie d'après : la prise en compte des impacts de la crise sanitaire dans les dispositions contractuelles

6. Comment prendre en compte les risques contractuels liés à la crise sanitaire dans les négociations contractuelles ?

Dans la mesure où les impacts de la crise actuelle ne peuvent désormais pas être ignorés, les entreprises devront être particulièrement prudentes afin de prendre en considération ces risques pendant leurs prochaines négociations contractuelles.

Les nouveaux accords devront à cet égard incorporer des dispositions, parfois transitoires, relatives aux conséquences de l'épidémie sur l'exécution des prestations. On pourra aussi réfléchir, dans la rédaction contractuelle, à éviter la qualification d'obligation de résultat pour certains engagements contractuels, tel que les délais de livraison en cas d'empêchement liés au Covid-19 ou prévoir le partage de responsabilité si le contrat ne peut se réaliser.

Par ailleurs, les partenaires commerciaux pourront également envisager de s'obliger contractuellement à une plus grande transparence afin de connaître au plus tôt les difficultés rencontrées par l'un d'entre eux. Des dispositions contractuelles adaptées devront être consciencieusement négociées en ce sens.

7. Comment à l'avenir, se prémunir contractuellement contre les risques d'une éventuelle pandémie future ou un retour du Covid-19 ?

Une première piste concerne la prise en compte de ce type de crise dans des clauses essentielles, telle bien sûr la clause de force majeure, mais aussi d'autres clauses d'exécution du contrat. Il en sera de même pour des mécanismes réglementaires ad hoc qui seraient optionnels. La rédaction sera ici clé.

On pourra aussi essayer d'anticiper les nouveaux risques et l'incertitude suscitée par la crise sanitaire, les parties pourraient introduire des dispositions particulières afin de faciliter la renégociation entre les cocontractants dès lors que de nouveaux besoins relatifs à une crise sanitaire se manifesteraient. Ces dispositions viseraient ainsi à créer « un nouveau régime d'imprévision » plus souple que le mécanisme légal, et non conditionné à la démonstration d'un bouleversement économique du contrat.

Ainsi, on pourrait imaginer déterminer par des dispositions claires les événements précis - liés à des difficultés consécutives à une crise sanitaire – conduisant à une obligation de renégociation.

Focus 4 : Quelles solutions contractuelles pour diversifier les approvisionnements ?

8. Comment diversifier ses fournisseurs en temps de crise ou substituer son fournisseur défaillant sans encourir de risque de responsabilité fondé sur la rupture brutale des relations commerciales établies ?

En principe, la cessation d'une relation commerciale établie ne peut intervenir qu'après le respect d'un préavis évalué selon l'ancienneté de la relation, sous peine d'être qualifiée de brutale et d'engager la responsabilité de son auteur. Seule la force majeure ou la faute contractuelle du

cocontractant sont considérés par la loi française comme une cause d'exemption du respect de ce délai de préavis.

En principe, la force majeure permet de mettre fin à une relation contractuelle sans accomplir de préavis, dans la mesure où la force majeure définitive emporte résolution du contrat.

Mais la question de la survie du contrat devient plus délicate si l'empêchement qui résulte de la force majeure pour un fournisseur n'est que temporaire et non définitif.

En effet, dans l'hypothèse d'une simple suspension d'exécution du contrat, les cocontractants sont tenus de reprendre l'exécution de leur contrat suspendu à l'issue de l'évènement de force majeure temporaire, sous peine d'engager leur responsabilité pour rupture brutale des relations commerciales établies.

Cette question s'était notamment posée devant les juridictions françaises dans le cas d'une interdiction d'importation prononcée dans un contexte épidémique. Une action pour rupture brutale avait été engagée à l'encontre du co-contractant, qui n'avait pas poursuivi les relations commerciales suspendues, à la levée de l'interdiction d'importation (CA Paris, 26 septembre 2018, n° 15/09123).

Pour prévenir le risque de responsabilité, les parties seront donc bien inspirées de prendre des mesures préventives par voie contractuelle, c'est-à-dire de s'entendre préalablement sur les effets qu'elles attachent à l'évènement de force majeure au moment où celui-ci est notifié.

9. **Une baisse de commandes fait-elle encourir un risque de responsabilité fondée sur la rupture brutale de relations commerciales établies ?**

En principe, une diminution significative des commandes peut caractériser une rupture des relations commerciales établies, de sorte qu'un délai de préavis préalable à cette baisse doit nécessairement être mis en place dans le cadre de relations commerciales établies.

La jurisprudence a toutefois prévu des exceptions à cette exigence de préavis si un cocontractant peut justifier auprès de son prestataire/fournisseur que la baisse de commande est la conséquence de la forte baisse d'ordres passés par ses propres clients, laquelle serait due à une conjoncture économique défavorable, ou à une crise économique et financière (Com. 6 février 2019 n°17-23.361 ; Com. 8 novembre 2017, n° 16-15.285).

Il faudra ici regarder également l'existence d'éventuels minima de commandes contractuelles et anticiper la difficulté.

Ici, comme ailleurs, le pilotage contractuel sera essentiel.

Reed Smith is a dynamic international law firm, dedicated to helping clients move their businesses forward.

Our belief is that by delivering smarter and more creative legal services, we will not only enrich our clients' experiences with us, but also support them in achieving their business goals.

Our long-standing relationships, international outlook, and collaborative structure make us the go-to partner for the speedy resolution of complex disputes, transactions, and regulatory matters.

For further information, please visit reedsmith.com.



This document is not intended to provide legal advice to be used in a specific fact situation; the contents are for informational purposes only. "Reed Smith" refers to Reed Smith LLP and related entities. © Reed Smith LLP 2020

- ABU DHABI
- ATHENS
- AUSTIN
- BEIJING
- BRUSSELS
- CENTURY CITY
- CHICAGO
- DALLAS
- DUBAI
- FRANKFURT
- HONG KONG
- HOUSTON
- KAZAKHSTAN
- LONDON
- LOS ANGELES
- MIAMI
- MUNICH
- NEW YORK
- PARIS
- PHILADELPHIA
- PITTSBURGH
- PRINCETON
- RICHMOND
- SAN FRANCISCO
- SHANGHAI
- SILICON VALLEY
- SINGAPORE
- TYSONS
- WASHINGTON, D.C.
- WILMINGTON