

L'impact du COVID-19 et des mesures gouvernementales sur la capacité des parties à exécuter leurs obligations contractuelles – force majeure, révision du contrat pour imprévision et clauses MAC

27 mai 2020

Alors que le monde fait face à une crise sans précédent, l'exécution des obligations contractuelles est devenue très difficile, voire impossible, pour de nombreux acteurs économiques qui sont, dès lors, tentés de chercher à s'y soustraire. Si invoquer la force majeure peut permettre de suspendre ses obligations contractuelles, il convient d'utiliser cette solution avec beaucoup de prudence, tant les critères de la force majeure sont stricts et son appréciation complexe. Il peut également être envisagé de solliciter la révision du contrat pour imprévision, à condition que cette possibilité soit ouverte et que ses conditions soient remplies. L'effet n'est toutefois pas le même que la force majeure, puisque le contrat n'est pas suspendu pendant la période de renégociation. Enfin, si une clause de changement défavorable significatif avait été insérée au contrat, elle pourra éventuellement être invoquée par la partie qui souhaite se soustraire à ses obligations, à condition que sa rédaction le permette.

Avec la crise liée à l'épidémie de Covid-19 et les mesures mises en place par les gouvernements pour tenter de limiter la propagation du virus, de nombreuses entreprises se trouvent dans l'incapacité ou en grande difficulté pour honorer leurs obligations contractuelles. Peuvent-elles invoquer la force majeure, un changement défavorable significatif ou solliciter la révision du contrat pour imprévision ?

1. LOI APPLICABLE AU CONTRAT

En premier lieu, il convient d'identifier la loi applicable au contrat. En effet, d'un pays à l'autre, l'appréciation de la force majeure, du changement défavorable significatif et des conditions de la révision pour imprévision diffère.

Dans certains pays comme la France, ces notions (à l'exception du changement défavorable significatif) sont définies par la loi et peuvent donc être invoquées même en l'absence de stipulation contractuelle. Dans d'autres systèmes, elles devront être expressément prévues au contrat.

Le présent mémorandum présente les règles applicables lorsque le contrat est soumis au droit français.

2. LA FORCE MAJEURE

2.1 Définition légale de la force majeure

L'article 1218 du code civil, codifiant la jurisprudence antérieure, définit la force majeure et précise son régime :

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

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

Trois conditions cumulatives doivent être remplies pour qu'un événement empêchant une partie d'exécuter ses obligations contractuelles puisse être qualifié de force majeure.

Cet événement doit être :

- (a) indépendant de la volonté de la partie qui ne peut plus exécuter ses obligations ;
- (b) raisonnablement imprévisible lors de la conclusion du contrat ; et
- (c) irrésistible lors de l'exécution du contrat : l'exécution du contrat doit être impossible et non pas seulement plus onéreuse ou plus compliquée.

Les conséquences de la survenance d'un tel événement dépendent de la nature de l'empêchement qui en résulte : s'il est temporaire, l'exécution de l'obligation n'est que suspendue, s'il est définitif, le contrat est résolu.

2.2 Aménagements contractuels

La définition et les effets de la force majeure peuvent être aménagés contractuellement. En effet :

- la définition de la force majeure peut être étendue, restreinte, ou même simplement limitée à une liste d'événements déterminés à l'avance ;
- les effets de la force majeure peuvent être modifiés voire supprimés (sauf si la clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations de parties pour certains contrats) ;
et
- des conditions de mise en œuvre de la clause peuvent être fixées (notifications, délais etc.).

Lorsqu'une clause de force majeure figure dans le contrat, il convient dès lors de s'y référer pour déterminer son champ d'application, les modalités de mise en œuvre et les conséquences qu'empporte son application.

Cette analyse est cruciale dans la mesure où des aménagements contractuels peuvent conduire à envisager le recours à la force majeure dans une hypothèse où la seule définition légale ne le permettrait pas. Par exemple, une ordonnance de référé a pu retenir la qualification de force

majeure en raison de la crise du Covid-19 par l'application d'une clause contractuelle atténuant la condition d'irrésistibilité, visant l'impossibilité d'exécution des obligations « dans des conditions économiques raisonnables » (tribunal de commerce de Paris, ord. du 20 mai 2020).

2.3 Peut-on invoquer la force majeure dans le contexte actuel ?

Les effets de l'épidémie en cause et les mesures gouvernementales exceptionnelles imposées ont évidemment un impact sur la capacité des parties à exécuter leurs obligations contractuelles.

Pour autant, cela constitue-t-il un cas de force majeure ?

En présence d'une clause contractuelle aménageant la force majeure, il convient d'analyser les événements visés dans la clause et la terminologie plus ou moins large utilisée pour déterminer si l'épidémie de Covid-19 et les mesures gouvernementales actuellement en vigueur peut être invoquée à ce titre. En l'absence de clause, on se référera à la définition légale.

En tout état de cause, l'existence d'un cas de force majeure, ainsi que le caractère définitif ou temporaire de l'empêchement qui en résulte, sont appréciés au cas par cas. En la matière, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

Ainsi, la jurisprudence rejette traditionnellement la qualification de force majeure pour justifier l'inexécution d'une obligation de payer une somme d'argent (Cass. Com., 16 sept. 2014, n° 13-20.306).

L'appréciation de l'existence d'une situation de force majeure pourra, en outre, dépendre de l'évènement invoqué pour justifier l'inexécution contractuelle.

(a) Peut-on invoquer l'épidémie elle-même ?

La jurisprudence se montre souvent réticente à retenir la qualification de force majeure lorsque des parties invoquent des épidémies ou des maladies pour se soustraire à l'exécution de leurs obligations.

Les juges ont pu, par exemple, estimer :

- que le caractère imprévisible de l'événement fait défaut lorsque l'épidémie préexiste à la conclusion du contrat :

« l'épidémie de chikungunya a débuté en janvier 2006 et ne peut être retenue comme évènement imprévisible justifiant la rupture du contrat en août suivant après une embauche du 04 juin » (Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, 29 déc. 2009, n° 08/02114, voir également Cour d'appel de Besançon, 8 janv. 2014, n°12/02291) ; ou encore

- que le caractère irrésistible n'est pas établi lorsque l'épidémie est connue, endémique et non létale :

« [l']épidémie [de chikungunya] ne peut être considérée comme ayant un caractère imprévisible et surtout irrésistible puisque dans tous les cas, cette maladie soulagée par des antalgiques est généralement surmontable (les intimés n'ayant pas fait état d'une fragilité médicale particulière) et que l'hôtel pouvait honorer sa prestation durant cette période » (Cour d'appel de Basse-Terre, 17 déc. 2018, n° 17/00739, voir également à propos de l'épidémie de dengue : Cour d'appel de Nancy 22 nov. 2010 n°09/00003)

S'agissant du Covid-19, la situation est inédite par son ampleur et sa gravité, de sorte qu'il n'est pas exclu que les juges puissent, dans certains cas, estimer que les conditions de la force majeure sont réunies. Hors le cadre contractuel, des décisions ont déjà retenu la qualification de force majeure en lien avec l'épidémie de Covid-19, en particulier pour justifier des absences de comparution en audience (pour l'audience d'un étranger placé en rétention administrative : Cour d'appel de Colmar, 16 mars 2020, n°20/01142 ; pour l'audience d'une personne hospitalisée sans consentement : Cour d'appel de Bordeaux, 19 mars 2020, n°20/01415).

La première condition, relative à un évènement indépendant de la volonté du débiteur, ne posera vraisemblablement pas de difficulté dans le cadre d'une telle épidémie.

En revanche, pour qu'une telle défense ait une chance de prospérer, il conviendra de vérifier les deux autres conditions de la force majeure, à savoir :

- l'imprévisibilité : si le contrat est postérieur au déclenchement de l'épidémie, il sera difficile d'arguer de son imprévisibilité ; mais l'antériorité du contrat au déclenchement de l'épidémie suffira-t-elle pour que les juges estiment celle-ci imprévisible ? Ce n'est pas évident : les grandes épidémies étant des phénomènes espacés mais récurrents (peste, grippe espagnole, SRAS, etc.), il pourrait être soutenu qu'un tel évènement est prévisible ; et

- l'irrésistibilité : la partie défaillante devra avoir pris toutes les mesures appropriées pour tenter d'exécuter le contrat ou limiter les effets de l'épidémie ; de plus l'impossibilité d'exécution devra résulter directement de l'épidémie (Cour d'appel de Toulouse, 3 oct. 2019, n° 19/01579, Cour d'appel de Paris, 17 mars 2016, n°15/042363).

(b) Peut-on invoquer les mesures prises par les gouvernements pour enrayer la propagation de l'épidémie ?

Les mesures prises par de nombreux gouvernements, fermetures de frontières, fermeture de certains commerces, confinement de la population ou encore d'interdiction des rassemblements, rendent impossible l'exécution de nombreuses obligations contractuelles (organisation d'événements, transport de personnes, etc.).

Plus encore que l'épidémie elle-même, ces mesures pourraient constituer des cas de force majeure (en l'occurrence, elles constitueraient un cas spécifique de force majeure, le fait du prince), à condition toutefois de répondre à la définition contractuelle ou, à défaut, légale de la force majeure.

A cet égard, il faudra vérifier, ici encore, le caractère prévisible ou non des mesures. Si le contrat est postérieur au déclenchement de l'épidémie, il faudra notamment tenir compte des déclarations publiques des autorités antérieures à la conclusion du contrat, du caractère progressif des restrictions, et de la prévisibilité de ces dernières eu égard à la situation des Etats touchés les premiers par l'épidémie (Chine, Italie).

Il conviendra également de vérifier que toutes les mesures ont été prises pour tenter d'exécuter le contrat ou de limiter l'effet des mesures gouvernementales et que l'impossibilité d'exécution résulte directement desdites mesures.

Enfin, contrairement à l'épidémie elle-même, qui est évidemment indépendante de la volonté du débiteur de l'obligation, il pourrait être soutenu que les mesures prises par les gouvernements pour enrayer la propagation de l'épidémie ne remplissent pas le critère d'extériorité de la force majeure dans certaines hypothèses (par exemple si le débiteur de l'obligation est l'Etat ou une entité de droit public ou si les mesures ont été prises à cause du comportement fautif du débiteur).

En définitive, les juges apprécieront au cas par cas si les événements invoqués constituent des cas de force majeure.

2.4 Que faire si l'on envisage d'invoquer un cas de force majeure ou si un cocontractant l'invoque ?

1. Vérifier la loi applicable
2. Vérifier si une clause de force majeure figure dans le contrat
3. S'assurer que les conditions contractuelles ou, à défaut légales, de la force majeure sont réunies :
 - a. l'évènement est-il indépendant de la volonté de la partie qui s'en prévaut ?
 - b. l'évènement était-il raisonnablement imprévisible lors de la conclusion du contrat : Le contrat a-t-il été conclu avant ou après le début de l'épidémie ? Les premières mesures gouvernementales avaient-elles été annoncées ?
 - c. l'évènement est-il irrésistible lors de l'exécution du contrat : la partie défaillante a-t-elle pris toutes les mesures appropriées pour tenter d'exécuter le contrat ?

4. Identifier les conditions de mise en œuvre de la clause (le cas échéant)
5. Préparer et peser les conséquences de la situation de force majeure : suspension ou résolution du contrat
6. Documenter la situation de force majeure, les mesures prises pour tenter d'exécuter le contrat et les échanges avec le cocontractant
7. Préparer la reprise du contrat en cas de suspension

3. LA REVISION POUR IMPREVISION

Lorsque l'exécution n'a pas été rendue impossible mais seulement plus difficile ou plus onéreuse, la force majeure ne pourra pas être invoquée. La partie concernée pourrait alors envisager de solliciter la révision du contrat pour imprévision.

3.1 Définition légale de la révision pour imprévision

Depuis la réforme du droit des contrats (cette disposition n'est applicable qu'aux contrats conclus après le 1er octobre 2016 ; les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne, qui ne prévoyait pas la possibilité pour le juge de réviser le contrat pour imprévision : pour ces contrats, la jurisprudence qui refusait la révision judiciaire pour imprévision devrait donc être maintenue), la révision pour imprévision est prévue à l'article 1195 du code civil qui 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 ».

Ainsi, trois conditions cumulatives doivent être remplies pour qu'une renégociation du contrat puisse être envisagée sur ce fondement :

- (a) un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat ;
- (b) qui rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie ;
- (c) celle-ci n'ayant pas accepté d'en assumer le risque.

Cette disposition, si elle permet de solliciter la renégociation du contrat, voire d'en demander la résolution, ne permet pas au débiteur de se soustraire à l'exécution de ses obligations contractuelles : il doit continuer à exécuter le contrat le temps de la négociation.

Il convient toutefois de souligner que ce texte n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur des titres et contrats financiers (À condition que ces opérations aient été conclues après le 1er octobre 2018) (article L. 211-40-1 du code monétaire et financier). Les cessions de titres émis par des sociétés par actions ne peuvent donc être révisées sur ce fondement.

3.2 Aménagements contractuels

Il est possible de déroger aux dispositions de l'article 1195 du code civil, voire d'écarter totalement la révision du contrat pour imprévision, sous réserve des dispositions légales sanctionnant les clauses abusives.

Les clauses prévoyant la renégociation ou l'adaptation du contrat en cas de survenance de certains événements sont généralement qualifiée de clauses de hardship, de révision ou encore de clauses d'adaptation ou de renégociation.

Lorsqu'une telle clause figure dans le contrat, il convient de s'y référer pour déterminer son champ d'application, les modalités de mise en œuvre et les conséquences qu'emporte son application.

3.3 Peut-on invoquer la révision pour imprévision dans le contexte actuel ?

En présence d'une clause de hardship, il convient d'analyser les événements visés dans la clause et la terminologie plus ou moins large utilisée pour déterminer si l'épidémie de Covid-19 peut être invoquée à ce titre. En l'absence de clause, on se référera à la définition légale.

En tout état de cause, l'existence d'une situation d'imprévision et la nécessité de réviser le contrat ou d'y mettre fin seront vraisemblablement appréciées au cas par cas. C'est d'ailleurs pour éviter cet aléa que de nombreux contrats excluent expressément l'application de la révision pour imprévision en stipulant que les parties acceptent d'en assumer le risque.

Si une telle clause excluant les dispositions de l'article 1195 ne figure pas dans le contrat, il est légitime de s'interroger sur la question de savoir si les circonstances actuelles peuvent permettre de solliciter la révision du contrat.

Une telle demande pourra intervenir si la crise résultant de l'épidémie de Covid-19 constitue un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat (a) et si ce changement de circonstances rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie (b).

(a) Le Covid-19 constitue-t-il un changement de circonstances imprévisible ?

Compte tenu de l'ampleur de l'épidémie, il pourra vraisemblablement être allégué que la pandémie elle-même mais surtout ses conséquences (restrictions de déplacements, fermetures des frontières, interdiction des rassemblements, etc.) constituent un changement de circonstances.

La difficulté se situera probablement dans la démonstration du caractère imprévisible de ce changement. La question de la prévisibilité de l'épidémie et de ses conséquences se pose ici de la même manière que pour caractériser la force majeure.

(b) L'exécution du contrat est-elle rendue excessivement onéreuse ?

En l'absence d'aménagement contractuel, le cocontractant qui entend se prévaloir de la révision pour imprévision devra démontrer que l'exécution du contrat a été rendue excessivement onéreuse par la pandémie ou ses conséquences.

Faute de jurisprudence en la matière, il est difficile de savoir comment les juges apprécieront ce critère.

Le débiteur devra vraisemblablement justifier faire face à une situation excessive. En effet, la seule augmentation du coût d'une prestation ou la diminution de valeur de sa contrepartie par suite de l'évolution des circonstances ne saurait être une cause de révision pour imprévision : la force obligatoire du contrat implique que chaque contractant supporte les risques de variations normales de la valeur des choses.

Au surplus, il conviendra de démontrer le lien de causalité entre l'épidémie et/ou ses conséquences et les difficultés excessives rencontrées par le débiteur dans l'exécution de son obligation contractuelle.

A charge de démontrer la réunion de l'ensemble de ces conditions, une partie pourrait solliciter la révision du contrat en raison de l'épidémie de Covid-19 et des mesures gouvernementales actuellement en vigueur.

Cette solution n'est toutefois pas adaptée aux situations d'urgence dans la mesure où la mise en œuvre de la procédure de révision du contrat est relativement longue et, durant cette procédure, les parties doivent continuer à exécuter le contrat.

3.4 Que faire si l'on envisage de solliciter la révision du contrat pour imprévision ou si un cocontractant la demande ?

1. Vérifier la loi applicable
2. Vérifier si une clause de hardship figure dans le contrat
3. S'assurer que les conditions contractuelles ou, à défaut légales (si elles sont applicables), sont réunies :
 - a. Le changement de circonstances était-il imprévisible lors de la conclusion du contrat : le contrat a-t-il été conclu avant ou après le début de l'épidémie ? Les premières mesures gouvernementales avaient-elles été annoncées ?
 - b. L'exécution du contrat a-t-elle été rendue excessivement onéreuse ?

4. Identifier les conditions de mise en œuvre de la clause (le cas échéant)

5. Préparer et peser les conséquences de la mise en œuvre de la révision pour imprévision : en l'absence d'accord entre les parties, risque de révision du contrat par le juge ou de résolution judiciaire

6. Documenter la situation d'imprévision et les échanges avec le cocontractant

4. LES CLAUSES DE CHANGEMENT DEFAVORABLE SIGNIFICATIF

Les clauses de changement défavorable significatif, connues également sous la dénomination anglo-saxonne « material adverse change » ou clauses MAC, permettent à une partie de se désengager d'une opération, ou de la poursuivre après renégociation partielle, lorsqu'un évènement réduisant considérablement la profitabilité de l'opération survient après la signature de l'engagement initial.

4.1 Le régime des clauses de changement défavorable significatif

Le concept de changement défavorable significatif ne fait l'objet d'aucune définition légale ou jurisprudentielle.

Chaque clause contractuelle MAC définit de façon individuelle les évènements défavorables susceptibles de permettre sa mise en œuvre et les conséquences de leur survenance.

4.2 Peut-on invoquer des clauses de changement défavorable significatif dans le contexte actuel ?

Pour déterminer si les clauses MAC sont applicables à l'épidémie de Covid-19 et aux mesures gouvernementales actuellement en vigueur, il convient d'en analyser les termes et en particulier, la définition des évènements significatifs défavorables.

Les évènements significatifs défavorables peuvent être définis par une formule générale, du type un « évènement extérieur aux parties qui bouleverse l'économie du contrat » ou encore un « changement défavorable au sein de la société ».

Compte tenu des répercussions de l'épidémie de Covid-19, un certain nombre de clauses MAC rédigées de cette façon pourront vraisemblablement être mises en œuvre. Il conviendra toutefois à veiller à les appliquer de bonne foi (en ne profitant pas de la situation pour invoquer la clause dans certains contrats uniquement, quand des rédactions similaires dans un grand nombre de contrats permettraient une mise en œuvre systématique, par exemple). En cas de contentieux, le juge disposera toutefois d'une importante marge d'appréciation.

Inversement, cette marge d'appréciation sera considérablement réduite lorsque des clauses MAC listent les évènements susceptibles de déclencher leur mise en œuvre. Si l'un de ces évènements est applicable à la situation actuelle (référence à une épidémie, une pandémie, une rupture de la chaîne d'approvisionnement, une pénurie de main d'œuvre etc.), la mise en œuvre de la clause MAC sera difficilement contestable. A défaut, il conviendra de déterminer si la liste figurant à la clause est simplement illustrative ou limitative.

Certaines clauses MAC prévoient, en outre, des seuils d'ordre comptable ou financier pour préciser quand un changement devient « significatif ». Dans une telle hypothèse, le cocontractant souhaitant invoquer la clause MAC devra vérifier que ces conditions quantitatives sont remplies.

En l'absence de telles précisions, le cocontractant qui envisage d'invoquer une clause MAC dispose d'une marge d'appréciation plus importante. Il devra néanmoins veiller à démontrer l'impact de l'évènement défavorable sur l'opération en cause.

Il pourrait également être soutenu que l'évènement défavorable ne peut être uniquement temporaire pour caractériser un changement significatif. Ce point n'a toutefois pas été tranché par la jurisprudence française, à notre connaissance.

Enfin, si la clause est applicable, il faudra veiller à respecter les modalités de mise en œuvre prévues au contrat (notifications, délai etc.) en tenant compte du fait que la date de survenance de l'évènement est, en l'espèce, difficile à déterminer. Il convient dès lors d'informer le cocontractant rapidement.

4.3 Que faire si on envisage d'invoquer une clause de changement défavorable significatif ou si un cocontractant l'invoque ?

1. Vérifier la loi applicable
2. S'assurer que les conditions contractuelles sont réunies
3. Identifier les conditions de mise en œuvre de la clause
4. Préparer et peser les conséquences de la mise en œuvre de la clause : renégociation, résolution du contrat ou mise en œuvre d'une garantie de passif
5. Documenter la situation de changement défavorable significatif et les échanges avec le cocontractant

5. LES RISQUE ENCOURUS LORSQUE L'ON INVOQUE LA FORCE MAJEURE OU UNE CLAUSE MAC OU QUE L'ON SOLLICITE LA REVISION POUR IMPREVISION

Le cocontractant estimant que la force majeure ou la clause MAC a été invoquée de manière infondée par l'autre partie pourra solliciter l'exécution forcée du contrat.

Il pourra également engager la responsabilité contractuelle de son cocontractant en soutenant qu'il aurait agi de mauvaise foi ou aurait commis un abus de droit.

Il convient, en conséquence, d'exercer la plus grande prudence dans la mise en œuvre de ces mécanismes qui peut être lourde de conséquences (application d'une clause MAC dans un contrat de crédit qui conduit à la cessation des paiements de l'emprunteur, par exemple).

La demande de révision pour imprévision n'interrompant pas l'exécution du contrat, la partie qui l'invoque n'encourt a priori pas le risque de voir sa responsabilité contractuelle engagée à ce titre. Le risque d'une telle stratégie se situe en revanche dans l'aléa judiciaire que l'intervention éventuelle du juge implique en l'absence d'accord avec le cocontractant.

Auteurs



Arthur
Dethomas

Associé



Marine De
Montecler

Counsel

> [Read the full article online](#)