

LA FORCE OBLIGATOIRE DES CONTRATS CONFRONTÉE AU COVID-19 (PARTIE 1)

*par Armand W. Grumberg, avocat, associé de Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP,
Head of European M&A*

Arash Attar-Rezvani, avocat, associé de Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP

*François Barrière, avocat, French counsel - Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP,
professeur à l'Université Lumière Lyon 2*



Armand W. Grumberg



Arash Attar-Rezvani



François Barrière

L'Organisation mondiale de la santé a déclaré que l'épidémie de coronavirus (COVID-19) était une urgence de santé publique de portée internationale le 30 janvier 2020 et une pandémie le 11 mars 2020. A présent, le COVID-19 s'est propagé dans au moins 182 pays du monde et a infecté plus de 8 860 330 personnes.

Outre les aspects humanitaires et de santé publique de la pandémie, les gouvernements ont mis en œuvre des mesures drastiques pour atténuer la propagation du virus, et notamment le confinement de plus de la moitié de la population mondiale, la fermeture d'usines, de bars, restaurants et commerces non essentiels, l'interdiction des rassemblements de masse et des restrictions strictes en matière de voyages.

Les récents événements liés au COVID-19 perturbent les économies du monde entier en affectant l'industrie mon-

diale, le transport et les chaînes d'approvisionnement transfrontalières dont dépend le commerce international à de nombreux égards. Cela se reflète dans les performances des marchés financiers mondiaux, qui ont subi des pertes importantes depuis l'apparition du virus.

De nombreuses entreprises dans le monde entier rencontrent des difficultés importantes, auxquelles elles ne s'attendaient pas, qui rendent la poursuite de leur activité économique extrêmement difficile, voire impossible.

De ce fait, beaucoup de sociétés s'interrogent depuis l'apparition du virus sur la possibilité pour elles de se libérer de leurs engagements contractuels et obtenir la suspension ou la résolution de leurs contrats, ou, inversement, subir des pertes de contrats conclus.

Le droit français, ainsi que certains mécanismes contractuels, sont de nature à permettre aux entreprises de se

désengager de leurs obligations contractuelles face aux effets de la pandémie de COVID-19 sur leurs activités économiques et commerciales.

I. CADRE LÉGAL FRANÇAIS

Dans le cadre de son annonce du 28 février 2020, le Ministre de l'Economie et des Finances, présente le COVID-19 comme un cas de force majeure pour les entreprises en ce qui concerne les contrats passés avec l'Etat. Dans la même lignée, l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020¹ adapte les règles de passation, de délais de paiement, d'exécution et de résiliation, et notamment celles relatives aux pénalités contractuelles, prévues par le code de la commande publique ainsi que les stipulations des contrats publics ayant un tel objet.

D'autres ordonnances signées le même jour comportent des mesures applicables lorsque l'exécution des contrats est compromise du fait de la pandémie de COVID-19, afin de ne pas pénaliser les opérateurs économiques qui sont empêchés d'honorer leurs engagements contractuels et de permettre la continuité de ces contrats. Ainsi, l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020² neutralise les astreintes et les clauses contractuelles visant à sanctionner l'inexécution du débiteur. En particulier, son article 4 prévoit la suspension des astreintes, clauses pénales, clauses résolutoires et clauses de déchéance qui auraient dû produire ou commencer à produire leurs effets entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020. La date à laquelle elles produiront leurs effets est reportée d'une durée, calculée après la fin de cette période, égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la date à laquelle elles auraient dû être exécutées. L'ordonnance organise également un mécanisme de report similaire pour les astreintes sanctionnant l'inexécution d'une obligation autre que de somme d'argent qui doivent produire effet après le

23 juin 2020. La date à laquelle ces astreintes prendront cours et ces clauses prendront effet est reportée d'une durée égale au temps écoulé entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la fin de cette période. En outre, le cours des astreintes et l'application des clauses pénales qui ont pris effet avant le 12 mars 2020 ont été suspendus jusqu'au 23 juin 2020 inclus.

L'ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020³ permet, quant à elle, de reporter intégralement ou d'étaler le paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels et commerciaux et de renoncer aux pénalités financières et aux suspensions, interruptions ou réductions de fournitures susceptibles d'être appliquées en cas de non-paiement de ces factures, en vue de favoriser la continuité de l'activité des entreprises qui ont été affectées par la pandémie de COVID-19. Son champ d'application est toutefois particulièrement limité, réservé aux petites entreprises - celles susceptibles de bénéficier du fonds de solidarité - et aux entreprises en procédure collective qui remplissent la condition alternative d'avoir fait l'objet d'une interdiction d'accueil du public intervenue entre le 1er mars 2020 et le 31 mars 2020 ou d'avoir subi une perte de chiffre d'affaires d'au moins 50 % durant la période comprise entre le 1er mars 2020 et le 31 mars 2020⁴. En particulier, son article 4 interdit l'application 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 aux locaux professionnels et commerciaux 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, soit jusqu'au 10 septembre 2020⁵.

¹ Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19, telle que modifiée par l'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020 portant diverses mesures prises pour faire face à l'épidémie de covid-19 et par l'ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020 fixant les délais applicables à diverses procédures pendant la période d'urgence sanitaire.

² Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, telle que modifiée par l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 portant diverses dispositions en matière de délais pour faire face à l'épidémie de covid-19, par l'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020 portant diverses mesures prises pour faire face à l'épidémie de covid-19 et par l'ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020 fixant les délais applicables à diverses procédures pendant la période d'urgence sanitaire.

³ Ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020 relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19.

⁴ Décret n° 2020-378 du 31 mars 2020 relatif au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19.

⁵ Conformément au I de l'article 1er de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020, l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 est prorogé jusqu'au 10 juillet 2020 inclus.

Concrètement, même si ces dispositifs ont pour effet de paralyser des sanctions de l'inexécution contractuelle, là où la force majeure permet de se libérer en principe de son engagement, ils présentent des limites, puisqu'ils ne profitent qu'à une catégorie très restreinte d'entreprises et/ou ne s'appliquent qu'à un certain type de contrats ou de clauses.

Dans ce contexte, de nombreux acteurs économiques pensent à invoquer la force majeure pour se libérer de leurs obligations contractuelles conclues avec leurs fournisseurs ou clients, du fait du COVID-19. Cela suppose toutefois que la force majeure soit caractérisée au sens du droit civil. De même, la théorie de l'imprévision, récemment consacrée en droit commun, est une alternative à envisager.

Après avoir analysé la possibilité d'invoquer la force majeure (A) et la théorie de l'imprévision (B), tous deux étant des instruments juridiques exonérateurs dans les relations contractuelles entre personnes privées, sera étudié le droit commun des sanctions de l'inexécution contractuelle (C) qui demeure applicable dans le contexte de la pandémie actuelle.

A. FORCE MAJEURE

Critères d'application

La notion de force majeure est aujourd'hui définie en droit français par l'article 1218 alinéa 1 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 »

A la lecture du texte, trois conditions cumulatives⁶ sont nécessaires pour caractériser un cas de force majeure. Ainsi, la force majeure suppose la survenance d'un événement :

- qui échappe au contrôle du débiteur de l'obligation (extériorité) ;
- qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat (imprévisibilité) ;

- qui empêche l'exécution de son obligation par le débiteur et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées (irrésistibilité)⁷.

Force majeure et COVID-19

La simple existence d'une épidémie ne suffit pas usuellement, à elle seule, à constituer un cas de force majeure. Jusqu'à présent, les décisions qui ont été rendues sur cette problématique – épidémies du Chikungunya, d'Ebola, du H1N1, du SRAS, de la Dengue –, par les juridictions françaises vont dans le sens d'un refus d'assimiler une épidémie à un cas de force majeure susceptible d'exonérer de sa responsabilité le débiteur d'une obligation contractuelle.

Ainsi, la jurisprudence a eu l'occasion d'écarter la qualification de force majeure invoquée pour cause d'épidémie :

- s'agissant de l'épidémie du virus Chikungunya à Saint-Barthélemy courant 2013-2014, qui ne pouvait être considérée comme ayant un caractère imprévisible, car déjà présente sur le territoire au moment de la réservation, et irrésistible, car la maladie pouvait être soulagée par des antalgiques (les intimés n'ayant pas fait état d'une fragilité médicale particulière) et l'hôtel pouvait honorer sa prestation durant cette période⁸ ;
- lorsqu'aucun lien de causalité n'était établi entre le virus Ebola et la baisse de l'activité annoncée de la société⁹ ;
- lorsque le virus Ebola n'avait pas rendu impossible l'exécution des obligations contractuelles¹⁰ ;
- lorsque la présence du virus H1N1 n'était pas imprévisible, car largement annoncée même avant la mise en place de réglementations sanitaires¹¹ ;
- lorsque l'épidémie de Dengue était récurrente et prévisible et n'empêchait pas l'exécution du contrat, la Cour ayant fait valoir que la Dengue ne touchait que 5 % de la population, que des mesures de protection contre les piqûres de moustiques pouvaient être prises, et que les symptômes de la maladie, à savoir une forte fièvre et des maux de tête, des douleurs et de la fatigue, n'entraînaient aucune complication dans la plupart des cas¹² ;

⁶ F. Gréau, Force majeure, Répertoire de droit civil, 2017 ; B. Rajot, Causes d'exonération en matière de responsabilité contractuelle (force majeure et hardship), Fiches pratiques, 2019.

⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

⁸ Cour d'appel de Basse-Terre, 17 décembre 2018, n° 17/00739.

⁹ Cour d'appel de Paris, 17 mars 2016, n° 15/04263.

¹⁰ Cour d'appel de Paris, 29 mars 2016, n° 15/05607.

¹¹ Cour d'appel de Besançon, 8 janvier 2014, n° 12/02291.

¹² Cour d'appel de Nancy, 22 novembre 2010, n° 09/00003.

- lorsque aucun cas de SRAS n'avait été enregistré en Thaïlande et que les mesures mises en œuvre par les autorités thaïlandaises (contrôle médical à l'entrée sur le territoire et port d'un masque pendant les deux semaines suivantes), quoique désagréables, ne sont pas suffisantes de nature à constituer un événement de force majeure¹³ ;
- lorsque l'escalade a été effectuée dans un pays voisin (Inde) d'une zone d'épidémie de peste et qu'aucune consigne n'avait été donnée aux compagnies aériennes ou aux agences de voyages pour éviter la région en cause, et qu'en tout état de cause la protection contre un risque de contagion pouvait être assurée par la prise d'un traitement antibiotique préventif¹⁴.

Toutefois, l'ampleur de la pandémie de COVID-19 combinée aux mesures strictes et sans précédent prises par les gouvernements des pays touchés pour enrayer la propagation du virus pourrait permettre de donner la qualification de force majeure aux événements actuels et certaines juridictions comme analysé ci-après, vont en ce sens.

En toute hypothèse, le contractant qui invoque un cas de force majeure devra démontrer que l'ensemble des conditions de l'article 1218 du code civil sont réunies, et notamment l'impossibilité de mettre en œuvre des mesures appropriées permettant l'exécution de ses obligations, ainsi que le lien de causalité entre le COVID-19 et/ou les mesures prises pour y faire face et l'impossibilité d'exécuter ses obligations :

1. La condition d'**extériorité** semble, au regard du contexte actuel, remplie dans la mesure où l'évènement échappe bel et bien au contrôle du débiteur.
2. La condition de l'**imprévisibilité** sera appréciée en fonction de la date de conclusion du contrat. Il serait donc possible de considérer que cette condition pourra être remplie pour les contrats passés avant la déclaration de la

propagation du virus. A l'inverse, si le contrat a été conclu ou renouvelé (un contrat renouvelé, à distinguer d'un contrat simplement prorogé, étant qualifié de nouveau contrat¹⁵) après l'apparition du COVID-19, il conviendrait de s'interroger sur l'ampleur du virus à la date de conclusion du contrat pour déterminer si les conséquences actuelles de ce virus (y compris les mesures sanitaires et gouvernementales) étaient raisonnablement prévisibles au jour de la conclusion du contrat.

3. La condition d'**irrésistibilité** devrait nécessiter de démontrer que le COVID-19 justifie une incapacité totale pour la partie d'exécuter son engagement. Un lien de causalité devrait donc être établi entre l'évènement de force majeure et l'inexécution contractuelle. Ainsi, la partie qui invoque la force majeure devra démontrer de manière concrète comment la pandémie et/ou les mesures prises pour freiner sa propagation, l'ont empêché de s'exécuter. De plus, il sera apprécié la possibilité d'avoir recours à des remplaçants ou à des circuits de substitution afin d'éviter les effets de l'évènement par « *des mesures appropriées* », comme le prévoit l'article 1218 du code civil.

A titre d'exemple, un tribunal pourrait être sensible à retenir un cas de force majeure si le débiteur d'une obligation contractuelle est contaminé par le COVID-19 et hospitalisé et que cela l'empêche d'effectuer sa prestation prévue pour une date précise ne pouvant pas être reportée (exemple : décoration pour la fête d'inauguration d'une nouvelle entreprise annoncée publiquement)¹⁶. Il en serait de même si une salle pour 1500 personnes avait été réservée avant l'arrêt du 9 mars 2020¹⁷ pour après le 9 mars 2020 mais dont la manifestation qui y était prévue n'a pas pu se tenir en raison de l'interdiction des rassemblements de plus de 1000 personnes¹⁸.

En France, plusieurs arrêts rendus par les juridictions françaises depuis le début de la pandémie du COVID-19

¹³ Cour d'appel de Paris, 29 June 2006, n° 04/09052.

¹⁴ Cour d'appel de Paris, 25 septembre 1998, no 1996/08159.

¹⁵ J. Mestre, Le renouvellement d'un contrat emporte toujours formation d'un nouveau contrat, RTD Civ. 1999 p.93.

¹⁶ Ainsi, l'incapacité physique résultant d'une infection et d'une maladie grave survenues après la conclusion du contrat et la dégradation brutale de l'état de santé du débiteur ont présenté les caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité constitutives d'un cas de force majeure (Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168).

De même, l'hospitalisation d'un avocat en raison d'une crise d'asthénie intense et son indisponibilité totale durant le délai qui lui était imparti pour conclure ont présenté les caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité de la force majeure (Cour d'appel de Nîmes, 6 nov. 2018, n° 18/04133).

¹⁷ Arr. du 9 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19, JO n° 0059 du 10 mars, texte n° 16.

¹⁸ Dans cette hypothèse, il s'agira d'un fait du prince avec les mêmes effets qu'un cas de force majeure – voir en ce sens : J. Heinich, L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaire : de la force majeure à l'imprévision, Recueil Dalloz, 26 mars 2020, p. 611 ; F. Luxembourg, Le fait du prince : convergence du droit privé et du droit public, JCP 2008. 119 : le fait du prince est considéré en droit privé comme « *un acte des pouvoirs publics constituant un obstacle absolu et insurmontable à l'exécution d'obligations conventionnelles ou légales (...)* assimilé par la jurisprudence à un cas de force majeure ».

ont retenu la qualification de force majeure. Ces décisions, quoique relatives à des hypothèses particulières concernant le maintien en rétention d'étrangers, l'absence aux audiences de retenus dans des centres de rétention, de maintenus en zone d'attente ou de patients hospitalisés sous contrainte, permettent d'étudier la manière dont les juridictions pourraient apprécier la force majeure en tant que cause de libération et d'exonération d'un débiteur qui n'aurait pas exécuté ses obligations contractuelles.¹⁹

Ainsi, la cour d'appel de Douai a jugé que les annulations de vols par les autorités italiennes en raison du risque de pandémie liée au COVID-19 (au début de la propagation du virus) et les suspensions des transferts des retenus vers l'Italie en raison de la situation sanitaire due à la propagation du virus caractérisent des cas de force majeure qui ne peuvent être imputés à un défaut de diligences des services de la préfecture français et qui justifient la suspension des mesures d'éloignement des retenus²⁰. La force majeure a donc ici été mobilisée pour porter une appréciation sur la régularité ou non d'un comportement.²¹

Dans une zone particulièrement touchée par le COVID-19, la cour d'appel de Colmar a, quant à elle, qualifié le risque de contagion avec le virus de cas de force majeure pour justifier l'absence de comparution des retenus et autoriser leurs avocats à les représenter :

- Dans sa décision du 12 mars 2020²², la cour d'appel a relevé que le retenu était susceptible d'avoir été en contact avec une personne présentant les symptômes du COVID-19 et a jugé, par conséquent, que ces circonstances exceptionnelles, revêtaient le caractère de la force majeure dans la mesure où elles étaient « 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. Victor 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. ». Les juges du fond rappellent ici les trois critères nécessaires pour caractériser un cas de force majeure : extériorité, imprévisibilité et irrésistibilité.

Sans s'attarder sur les deux premières conditions en ce qui concerne la contagion avec COVID-19, ils insistent sur l'irrésistibilité de l'événement en indiquant notamment l'impossibilité d'escorter le retenu ou de l'entendre dans le cadre d'une visio-conférence dans le délai imposé pour statuer.

- Dans deux décisions du 16 mars 2020²³, la même cour va encore plus loin en décidant que la présence du retenu à l'audience présente un risque de contagion pouvant être qualifié de force majeure même en l'absence de cas confirmé parmi les retenus. Elle relève que « compte tenu de la pandémie COVID-19 en cours, et bien qu'en l'état de nos informations, aucun cas n'ait été confirmé parmi les retenus, la situation demeure très évolutive, avec l'imminence possible de mesures de confinement, et marquée d'ores et déjà par un passage au stade 3 impliquant une circulation active du virus, de surcroît dans les départements du Haut Rhin et du Bas Rhin, qui constituent des foyers particulièrement notables de l'épidémie, caractérisée par un degré de contagion important et de nature à faire courir des risques réels et suffisamment sérieux à l'ensemble des personnels requis pour assurer la tenue de l'audience en présence du retenu. » pour juger que « ces circonstances exceptionnelles, entraînant l'absence de M. [...] 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, les risques, tels qu'ils sont décrits ci avant, sont absolument insusceptibles de connaître une évolution suffisamment favorable, ce qui commande de statuer hors la présence du retenu ».

- Par deux décisions du 23 mars 2020²⁴, la cour d'appel de Colmar confirme son analyse quant au risque de contagion en jugeant, par une motivation identique, qu'« Il y a lieu de relever que compte tenu de la pandémie, Covid 19 en cours et des mesures de confinement prises par l'autorité publique, alors que le département du Haut Rhin constitue un foyer majeur de l'épidémie, caractérisé par un degré de contagion important et de nature à faire courir des risques réels et suffisamment sérieux à l'ensemble du personnel requis pour assurer la tenue de l'audience en présence du maintenu en zone d'attente, il sera statué hors la présence de ce dernier,

¹⁹ C.-E. Bucher, Les premières décisions rendues à propos du Covid-19 : quels enseignements pour le droit des contrats ?, AJ Contrat, mai 2020, p. 235.

²⁰ Cour d'appel de Douai, 4 mars 2020, n° 20/00395 ; Cour d'appel de Douai, 5 mars 2020, n° 20/00400 ; Cour d'appel de Douai, 5 Mars 2020, n° 20/00401.

²¹ C.-E. Bucher, Les premières décisions rendues à propos du Covid-19 : quels enseignements pour le droit des contrats ?, AJ Contrat, mai 2020, p. 235.

²² Cour d'appel de Colmar, 12 mars 2020, n° 20/01098.

²³ Cour d'appel de Colmar, 16 mars 2020, n° 20/01142 ; Cour d'appel de Colmar, 16 mars 2020, n° 20/01143.

²⁴ Cour d'appel de Colmar, 23 mars 2020, n° 20/01206 ; Cour d'appel de Colmar, 23 mars 2020, n° 20/01207.

représenté par son avocat choisi qui a été entendu en ses observations, les circonstances sus visées caractérisant un cas de force majeure ».

De même, la cour d'appel de Bordeaux retient la qualification de cas de force majeure s'agissant des contraintes procédurales imposées par les plans de continuation d'activité des juridictions françaises justifiant ainsi le déroulement des audiences en l'absence des justiciables hospitalisés²⁵. En particulier, les juges du fond ont retenu qu'« En raison de l'actuelle pandémie du coronavirus, suite aux instructions de la garde des Sceaux invitant à actionner les plans de continuation d'activité des juridictions et à ne conserver que les activités essentielles (message du 15 mars), au visa du plan de continuation de la cour d'appel de Bordeaux entré en vigueur le 16 mars 2020 pour une durée indéterminée, l'audience de ce jour s'est déroulée alors que [...] n'a pas été en mesure de se déplacer [...] Le plan de continuation susvisé, annexé à la présente décision, ne prévoit pas la tenue d'une audience au sein des locaux aménagés du centre hospitalier. [...] Le recours à la visio-conférence n'a pas été possible [...] Il n'est juridiquement pas possible de renvoyer l'examen de l'appel relevé par [...] dans la mesure où la cour dispose d'un délai impératif de douze jours pour statuer, la présente audience étant la dernière prévue par le plan de continuation précité avant l'expiration de ce délai » pour juger que ces éléments caractérisent un cas de force majeure et constituent des circonstances insurmontables justifiant l'absence de l'appelant à l'audience, tout en précisant que ce dernier avait été invité préalablement à formuler des observations écrites.

Parmi l'ensemble des juridictions susvisées, seule la cour d'appel de Colmar mentionne expressément les conditions traditionnelles de la force majeure, à savoir l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité. L'absence de référence au caractère imprévisible dans les autres décisions, n'avait pas d'incidence sur la qualification des événements litigieux, car cette exigence ne se conçoit véritablement qu'en matière contractuelle, le contrat étant un acte de prévision²⁶. La définition donnée dans la dernière version connue du projet de réforme de la responsabilité civile ne fait d'ailleurs pas état de cette condition.

A l'échelle internationale, quelques indices témoignent également d'une réceptivité de la qualification de la pandémie de COVID-19 en force majeure :

- En Chine²⁷ :
 - o Le 10 février 2020, le porte-parole de la Commission des affaires législatives du Comité permanent de l'Assemblée nationale populaire de Chine a déclaré que face à l'épidémie, le gouvernement avait pris des mesures d'atténuation pouvant constituer un cas de force majeure pour tout contractant se trouvant empêché d'exécuter un contrat du fait de ces mesures.
 - o Le 12 février 2020, la 2e chambre civile de la cour d'appel de la province du Hubei a recommandé aux tribunaux de première instance de cette région de considérer que l'épidémie, et les mesures gouvernementales qui en découlent, constituent bien un cas de force majeure dès lors que l'objectif contractuel initial devient impossible à atteindre.
 - o Certaines autorités chinoises, par exemple le « China Council for the Promotion of International Trade » (CCPIT) délivrent désormais des certificats de force majeure aux sociétés chinoises dont l'activité est affectée par l'épidémie. Au début du mois de mars, le CCPIT avait déjà délivré 4 811 certificats de ce type²⁸.
- En Israël :

Le 13 mars 2020, les tribunaux israéliens ont émis une injonction empêchant la Citibank N.A. de réaliser un nantissement suite à l'accélération du prêt accordé à la société Delek au motif qu'une « crise profonde » sur les marchés causée par la pandémie de coronavirus et l'effondrement du pacte de production de pétrole entre l'Arabie saoudite et la Russie constituait un cas de « force majeure ». La société a fait valoir que l'appel au remboursement de Citibank était déraisonnable et de mauvaise foi.

En tout état de cause, même si la répétition des épidémies depuis le siècle dernier ne milite pas en faveur de ceux qui souhaiteraient faire reconnaître la pandémie de COVID-19 comme un cas de force majeure, l'appréciation des conditions d'application de l'article 1218 du code civil se fera au

²⁵ Cour d'appel de Bordeaux, 19 mars 2020, n° 20/01424 ; Cour d'appel de Bordeaux, 19 mars 2020, n° 20/01425 ; Cour d'appel de Bordeaux, 19 mars 2020, n° 20/01392 ; V. aussi, pour l'absence de convocation du patient, Cour d'appel de Bordeaux, 19 mars 2020, n° 20/01357.

²⁶ C.-E. Bucher, Les premières décisions rendues à propos du Covid-19 : quels enseignements pour le droit des contrats ?, AJ Contrat, mai 2020, p. 235 ; v. aussi H. Lécuyer, Le contrat acte de prévision, L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF, Editions du Juris-Classeur, 1999.

²⁷ A. Discours, S. Qu et J. Buhart, L'impact du covid-19 sur l'exécution des contrats : étude comparative droit chinois / droit français, JCP G, 23 mars 2020, 329.

²⁸ A noter qu'il s'agit d'un avis juridiquement non contraignant du CCPIT.

cas par cas par les juges qui détermineront si l'épidémie et/ou les mesures prises pour y faire face constituent un événement de force majeure en tenant compte notamment d'éventuelles stipulations contractuelles, des spécificités de l'événement visé, de la nature de l'obligation non exécutée ainsi que des mesures qui auraient pu être mises en place pour en assurer l'exécution.

Suspension ou résolution du contrat

Si la qualification d'un événement de force majeure est retenue, selon l'alinéa 2 de l'article 1218 du code civil, elle aura pour conséquence de suspendre l'exécution du contrat en cas d'empêchement temporaire ou de provoquer sa résolution de plein droit et de libérer les parties de leurs obligations en cas d'empêchement définitif. Puisque le code civil ne prévoit pas de délai précis pour distinguer un empêchement temporaire d'un empêchement définitif, et en l'absence de stipulation contractuelle spécifique, les juges feront vraisemblablement référence à la notion de « délai raisonnable » pour apprécier la durée de l'empêchement.

Néanmoins, le contrat sera résolu en cas d'empêchement temporaire lorsque l'exécution de l'obligation n'aurait plus de sens si elle devait être retardée. Il en va ainsi de prestations à fournir pour l'organisation d'un événement dont la date n'est pas elle-même reportée, ou encore de la livraison de denrées périssables²⁹.

La suspension de l'exécution de l'obligation du débiteur justifie réciproquement l'application de l'exception d'inexécution par l'autre partie³⁰ et la résolution du contrat emporte, pour le débiteur, l'obligation de restituer l'ensemble des sommes qui lui ont été versées pour les prestations qu'il n'a pas pu effectuer³¹.

Enfin, il est rappelé qu'aux termes de l'article 1231-1 du code civil, le débiteur d'une obligation ne saurait être con-

damné au paiement de dommages et intérêts s'il justifie que l'exécution de son obligation contractuelle a été empêchée par un cas de force majeure.

Conclusion

Même si, au vu de l'ampleur de l'épidémie de COVID-19 et des mesures exceptionnelles déployées pour y faire face, un changement de paradigme ne peut être exclu, les débiteurs pourraient partir du principe que cette épidémie n'est pas automatiquement de nature à les exonérer de leur responsabilité contractuelle et essayer de négocier avec leurs créanciers un aménagement de leur contrat.

En outre, tandis que de nombreux pays ont assoupli ou supprimé tout confinement et adouci les mesures d'urgence suite à un ralentissement des cas, des scientifiques mettent en garde contre la possibilité d'une deuxième vague de cas de COVID-19 qui nécessiterait alors de nouvelles mesures sanitaires et gouvernementales. Les parties devront donc dès à présent réfléchir à la manière de se préparer au risque d'une deuxième vague et de nouvelles restrictions. Elles doivent réfléchir à ce qui pourrait les empêcher d'exécuter leurs obligations contractuelles et à la question de savoir si cet événement relève de la force majeure, laquelle serait encore plus difficile à reconnaître lors d'une deuxième vague. Plus généralement, la possibilité évoquée d'une deuxième pandémie est de nature à modifier l'appréciation de la condition d'imprévisibilité dès lors que le phénomène est présenté comme une éventualité suffisamment probable.

A côté de la force majeure, certaines sociétés pourraient tenter d'invoquer un cas d'imprévision, permettant aux parties de renégocier leurs contrats dans les conditions de l'article 1195 du code civil.

[à suivre]

²⁹ J. Heinich, L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision, D. 2020. 611.

³⁰ Article 1219 du code civil.

³¹ Article 1229 al. 3 du code civil.