

LA FORCE OBLIGATOIRE DES CONTRATS CONFRONTÉE À LA COVID-19 (PARTIE 2)

*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

B. IMPRÉVISION

Critères d'application

La théorie de l'imprévision a été généralisée en droit français par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats entrée en vigueur le 1er octobre 2016. L'imprévision est régie par le nouvel 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 co-contractant. 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. ».

Elle suppose donc la réunion de trois conditions :

- la survenance d'un événement imprévisible au jour de la conclusion du contrat ;
- rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse ;
- pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque.

Toutefois, cette règle étant supplétive de volonté, les parties peuvent contractuellement exclure l'application de l'article 1195 du code civil¹ étant précisé que l'article L. 211-40-1 du

¹ N. Molfessis, L'imprévision, une fausse avancée par rapport aux clauses de *hardship* ?, La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires, LexisNexis, 2017, avant-propos F. Barrière.

code monétaire et financier, entré en vigueur le 1er octobre 2018, exclut l'application de cet article aux obligations qui résultent d'opérations sur des titres et contrats financiers².

Imprévision et COVID-19

1. La condition d'**imprévisibilité** sera appréciée, comme en cas de force majeure, en fonction de la date de conclusion du contrat.

2. La condition d'**exécution excessivement onéreuse** sera appréciée de manière subjective en tenant compte des facultés personnelles spécifiques du débiteur³. Le débiteur pourrait tenter de démontrer que l'exécution de sa prestation, quoique encore possible, l'est à un coût nettement plus élevé, notamment par exemple du fait des contraintes liées aux mesures sanitaires et de confinement mises en place ou des difficultés d'approvisionnement en matières premières susceptibles d'être rencontrées. Néanmoins, la Cour de cassation semble retenir une interprétation stricte du caractère onéreux dans un arrêt du 12 février 2015⁴ où elle juge qu'une société n'avait pas apporté la preuve d'une situation ayant altéré « *fondamentalement* » l'équilibre des prestations et justifiant l'activation d'une clause de *hardship*, quand bien même ladite société avait produit des lettres de ses fournisseurs annonçant des hausses de prix de 4% à 16%, entraînant une diminution de 58% de sa marge brute.

3. La condition tenant à la **non-acceptation du risque** d'un changement imprévisible des circonstances devrait être appréciée, non au regard de l'épidémie elle-même, mais au regard de l'ampleur exceptionnelle des perturbations qui résultent de cette épidémie et des mesures d'interdiction ou de restriction prises par les autorités pour la combattre.

Nous n'avons pas connaissance de décisions rendues par les juridictions françaises appliquant l'article 1195 du code civil en cas d'épidémie ou de pandémie, mais il nous semble que son application pourrait être retenue plus facilement que celle de la force majeure en raison de l'absence d'exigence d'une impossibilité d'exécution totale.

En tout état de cause, tout comme pour la force majeure, l'appréciation des conditions d'application de la théorie de l'imprévision se fera au cas par cas en fonction des facteurs propres à l'exécution du chaque contrat.

Procédure

L'article 1195 du code civil offre la possibilité à la victime d'un changement imprévisible de circonstances de demander la renégociation du contrat à son partenaire contractuel, étant précisé que la partie lésée par le changement imprévisible de circonstances devra continuer à exécuter ses obligations.

Si les conditions d'application de l'article 1195 sont réunies, une procédure de renégociation en trois phases distinctes peut être mise en œuvre :

- d'abord, la partie lésée se voit reconnaître le droit de demander une renégociation à son partenaire contractuel ;
- en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent conjointement décider de mettre un terme au contrat où demander au juge de l'adapter ;
- si les contractants ne parviennent pas à s'accorder, l'un d'entre eux peut unilatéralement saisir le juge afin qu'il révisé la convention.

Conclusion

Bien qu'apparemment plus facile à invoquer, à notre avis, l'imprévision ne saurait résoudre des situations d'urgence à cause de ses délais et étapes de mise en œuvre et du fait que la partie lésée devra continuer à exécuter le contrat jusqu'à ce qu'un accord soit conclu avec son cocontractant ou qu'une décision judiciaire intervienne.

En outre, les parties doivent examiner dès maintenant comment leur situation peut évoluer à la lumière d'une éventuelle deuxième vague de COVID-19 et s'interroger sur les stipulations contractuelles de nature à mieux les protéger.

C. DROIT COMMUN DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE

Les parties doivent garder à l'esprit que le droit commun de l'inexécution contractuelle demeure disponible et peut être invoqué le cas échéant⁵.

Exception d'inexécution

L'ordonnance du 10 février 2016 n° 2016-131 introduit l'exception d'inexécution, ou *exceptio non adimpleti contractu*, à l'article 1217 du code civil, comme la première des sanctions dont dispose le créancier d'une obligation non exécutée. Désormais, ce sont les articles 1219 et 1220 du code civil qui en définissent le régime.

² Ce qui inclut notamment la cession d'actions.

³ P. Ancel, Imprévision – Droit positif français après la réforme, Répertoire de droit civil, 2017.

⁴ Cass., 12 février 2015, n°12-29.550.

⁵ Sur ce, v. not. Ph. Stoffel-Munck, Les sanctions unilatérales : opportunité ou danger ?, La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires, LexisNexis, 2017, avant-propos F. Barrière.

Deux hypothèses de l'exception d'inexécution sont visées : la première est celle d'une personne qui doit faire face à un manquement avéré de la part de son cocontractant et la deuxième est celle d'une personne qui anticipe un manquement de la part de son cocontractant et qui agit à titre préventif.

L'article 1219 du code civil, qui régit le premier cas de figure, prévoit que :

« Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave »

Sa mise en œuvre suppose donc la réunion de deux conditions :

- l'existence d'obligations réciproques⁶ et
- une inexécution suffisamment grave.

L'article 1220 du code civil,⁷ qui régit le deuxième cas de figure, prévoit que :

« Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais »

Il suppose donc la réunion de quatre conditions :

- l'existence d'obligations réciproques,
- une inexécution manifeste,
- entraînant des conséquences suffisamment graves, et
- une notification dans les meilleurs délais par la partie qui souhaite invoquer l'exception.

La condition de suffisante gravité figurant dans les deux textes, devrait permettre le contrôle de la proportionnalité entre le manquement initialement commis et la riposte du cocontractant. C'était majoritairement la position de la jurisprudence antérieure⁸ et le Rapport au Président de la République invite à la retenir en indiquant que la condition de suffisante gravité vise à s'assurer que l'exception d'inexécution ne puisse être *« opposée comme moyen de pression sur le débiteur que de façon proportionnée »*.

Lorsque les conditions d'application de l'exception d'inexécution sont réunies, elle permet de suspendre l'exécution de la prestation de celui qui l'invoque, comme s'il bénéficiait d'un terme. C'est une mesure provisoire qui ne met pas fin au contrat. Il s'agit d'une forme de justice privée, qui ne suppose pas l'intervention d'un juge, mais également d'un moyen de pression sur le cocontractant et d'une sorte de garantie.⁹

Dans le contexte de la COVID-19, ce mécanisme pourra être utilisé comme une garantie contre le risque de se départir d'une valeur ou d'engager des frais sans recevoir de contrepartie, dans le cas d'une inexécution contractuelle suffisamment grave de la part du cocontractant ou dès lors qu'il est manifeste que le cocontractant ne pourra pas exécuter ses engagements contractuels à échéance et que cette inexécution aurait des conséquences suffisamment graves. Dans une telle hypothèse, la personne qui l'invoque devrait notifier la suspension de l'exécution à son cocontractant dans les meilleurs délais, tout en explicitant les motifs de sa décision.

Résolution unilatérale

La résolution unilatérale a été généralisée en droit français par l'ordonnance du 10 février 2016 n° 2016-131 et est régie par le nouvel article 1126 du code civil qui dispose que :

« Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. »

La mise en œuvre de la résolution unilatérale suppose donc la réunion de quatre conditions¹⁰ :

⁶ O. Deshayes, Exception d'inexécution, Répertoire de droit civil, 2018.

⁷ Ce texte a été présenté dans le Rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance (JO 11 févr. 2016) comme une disposition innovante, allant « plus loin que la jurisprudence consacrée par l'article 1219 ».

⁸ Olivier Deshayes, L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée ?, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 12 mai 2016, n° 15-20.834, RDC 2016. 654.

⁹ Sur le moyen de pression et la garantie, V. spéc. J.-F. Pillebout, Recherches sur l'exception d'inexécution, préf. P. Raynaud, 1971, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 119, LGDJ, nos 229 s.

¹⁰ M. Poumarède, Résolution, Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019.

- une inexécution suffisamment grave,¹¹
- une mise en demeure,
- une notification de la résolution unilatérale,
- une motivation de la résolution.

Lorsque ces conditions sont respectées, la résolution par notification permet au créancier d'un engagement inexécuté de mettre fin unilatéralement au contrat, sans recourir au juge et sans qu'ait été stipulée une telle faculté dans le contrat.

Compte tenu des circonstances particulières de la pandémie de la COVID-19, ce dispositif pourrait être invoqué par les créanciers en vue de rompre leurs relations contractuelles dès lors que leurs cocontractants ne s'exécutent pas.

Néanmoins, la résolution unilatérale est à utiliser avec précaution, puisque le débiteur de l'obligation pourrait saisir le juge pour remettre en cause la résolution opérée par notification en contestant la gravité de son manquement.

II. STIPULATIONS CONTRACTUELLES

Lorsque des risques de non-respect des engagements sont envisageables, les cocontractants doivent vérifier si leurs contacts comportent des stipulations qui pourraient être invoquées dans le cadre du contexte actuel et, à défaut, renégocier leurs contrats de bonne foi afin d'y insérer des clauses précises qui leur permettraient de faire face aux difficultés économiques à venir.

A. CLAUSES EXISTANTES

Seront ici présentées les différentes clauses pouvant permettre à une société de se libérer de ses engagements contractuels.

Force majeure contractuelle

La notion de « *force majeure* » trouve son origine dans le droit français et se traduit dans différents contrats internationaux par « *acte de Dieu* ». Les clauses contractuelles de force majeure dispensent une partie de remplir ses obligations contractuelles en raison d'un événement exceptionnel que les parties n'ont pas pu prévoir ou contrôler, selon le champ d'application de la clause contractuelle en question.

Dans de nombreux pays, en l'absence d'un régime légal, pour qu'une partie puisse invoquer un cas de force majeure pour justifier l'inexécution de son obligation contractuelle,

une clause de force majeure doit être prévue dans le contrat.

La question de savoir si l'épidémie de coronavirus et/ou les restrictions gouvernementales qui en résultent pourront être qualifiés de force majeure dépend principalement de la rédaction de la clause dite de « force majeure » en question. Il convient de noter à ce titre que la Chambre de Commerce Internationale inclut les « *épidémies* » dans le champ d'application de sa clause type de force majeure.

La partie affectée par l'épidémie de coronavirus qui souhaite invoquer une clause de force majeure devra examiner attentivement la formulation de la clause avant de s'en prévaloir auprès de son cocontractant.

Quelques éléments favorables à la qualification d'un cas de force majeure seraient :

- la clause stipule expressément qu'une épidémie, une pandémie ou une maladie contagieuse constituerait un cas de force majeure.
- l'épidémie de COVID-19 a entraîné des événements qui sont expressément stipulés dans la clause, tels qu'une pénurie de main-d'œuvre ou de matières premières.
- la clause contient des formulations générales (telles que des références à « *toute cause indépendante de la volonté de la partie* ») qui peuvent être interprétées en vertu du droit applicable comme incluant l'épidémie de coronavirus ou les effets de l'épidémie.

En droit français, le régime légal est supplétif de volonté et les parties demeurent libres d'aménager la définition de la force majeure dans leur contrat en listant expressément les événements qui seront considérés comme des cas de force majeure¹². Elle peuvent également moduler ladite clause au travers de divers mécanismes tels que l'obligation d'information de son co-contractant dans un certain délai, la suspension des prestations, la renégociation, la résiliation. Nonobstant cette liberté contractuelle, les clauses de force majeure qui élargissent ou, au contraire, restreignent le périmètre de la force majeure de manière excessive peuvent être invalidées lorsqu'elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties à un contrat d'adhésion conformément à l'article 1171 du code civil ou lorsqu'elles peuvent être qualifiées d'abusives au sens de l'article L. 212-1 du code de la consommation.

Lorsque l'événement de force majeure est caractérisé, selon la manière dont la clause est rédigée, sa mise en œuvre peut :

¹¹ Conformément à l'alinéa 4 de l'article 1226 du code civil et à l'article 1224 du code civil qui exige une inexécution suffisamment grave pour la résolution unilatérale et pour la résolution judiciaire.

¹² Cass. com., 11 oct. 2005, n° 03-10.975 ; Cass. 3e civ., 31 oct. 2006, n° 05-19.171.

- exonérer de responsabilité la partie empêchée d'exécuter son obligation ;
- accorder un droit de suspendre l'exécution de la prestation tant que le cas de force majeure persiste ;
- accorder un droit de résiliation unilatérale si l'événement de force majeure se poursuit au-delà d'un certain délai.

Les parties qui se rapprochent du délai qui leur permettrait de résilier le contrat pour cause de force majeure prolongée doivent être particulièrement attentives aux indications de leur gouvernement selon lesquelles les restrictions, caractérisant le cas de force majeure, sont ou seront bientôt levées. La résiliation due à un cas de force majeure de longue durée proche du moment où l'impact a pris fin est susceptible d'être contestée et, de ce fait, pourrait donner droit à l'autre partie de demander des dommages et intérêts pour résiliation abusive. La partie qui souhaite résilier le contrat doit s'assurer qu'elle rassemble des preuves contemporaines solides justifiant ses actions.

En France, une première décision en matière commerciale a retenu le 20 mai 2020 la qualification de force majeure contractuellement définie, en raison des circonstances actuelles. Le tribunal de commerce de Paris a, en effet, ordonné à EDF de ne plus s'opposer à la suspension d'une partie des engagements d'achat d'électricité pris par Total Direct Energie dans le cadre de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (Arenh), jugeant que la clause (contractuelle) de force majeure était valablement invoquée dans le contexte de la pandémie de la COVID-19. Dans les faits, depuis mi-mars Total Direct Energie cherchait à obtenir la suspension d'une partie de son contrat d'Arenh en faisant valoir qu'en raison de la pandémie elle disposait d'un surplus d'électricité qu'elle devait écouler sur le marché à un prix bien inférieur à celui auquel elle l'avait acheté. A cette fin, cette société a saisi le tribunal de commerce après l'échec d'une procédure devant la Commission de régulation de l'énergie (CRE) et le Conseil d'Etat. Dans son ordonnance, le président du tribunal de commerce juge que « *sont manifestement réunies les conditions de la force majeure telle que définie* » par l'accord-cadre passé entre les deux énergéticiens. Il précise que « *la diffusion du virus revêt, à l'évidence, un caractère extérieur aux parties, qu'elle est irrésistible et qu'elle était imprévisible comme en témoigne la soudaineté et l'ampleur de son apparition* » et que « *la survenance d'un événement de force majeure entraîne la suspension immédiate dès la 'survenance' de celui-ci et 'de plein droit' l'interruption de la cession annuelle d'électricité* ». EDF soulignait pour sa part que les critères de force majeure n'étaient pas remplis. Si les conditions d'extériorité et d'imprévisibilité étaient difficilement con-

testables en l'espèce en raison de l'entrée en force du contrat en 2016, le critère de l'irrésistibilité semble avoir fait l'objet de vifs débats. EDF soutenait notamment qu'il n'était pas impossible pour Total Direct Energie de prendre livraison des volumes réservés, ni de procéder au paiement correspondant. Néanmoins, en l'occurrence la définition légale de la force majeure était aménagée par la clause de force majeure qui évoquait l'impossibilité de l'exécution des obligations des parties « *dans des conditions économiques raisonnables* ». C'est donc en se fondant sur cette formulation que le tribunal de commerce a retenu la qualification de force majeure au vu du « *bouleversement des conditions économiques antérieures qui se traduit par la survenance de pertes significatives nées de l'exécution du contrat* ». A la suite de cette décision, EDF a résilié le 2 juin dernier les contrats d'Arenh conclus avec trois fournisseurs d'énergie : Total Direct Energie, Alpiq et Gazel. L'électricien français précise dans un communiqué qu'une telle résiliation est prévue « *en cas de suspension de ces contrats au-delà d'une période de deux mois* ».

Imprévision contractuelle (hardship)

Certains contrats comprennent une clause dite d'imprévision (*hardship*), qui permet de prévoir qu'en cas de modification des conditions économiques du contrat qui aurait pour effet de réduire fortement la rentabilité économique de l'exécution du contrat pour une des parties, cette dernière pourra suspendre l'exécution de sa prestation et/ou demander une renégociation des termes du contrat pour le rééquilibrer.

Les clauses d'imprévision se rapprochent des clauses de force majeure, dans la mesure où elles visent un fait extérieur aux parties qui affecte l'exécution des obligations contractuelles. Néanmoins, une clause d'imprévision peut être mise en œuvre même si l'exécution des obligations n'est pas devenue impossible mais seulement plus difficile ou plus onéreuse, leur but étant de prendre en compte le bouleversement économique du contrat.

Comme pour les clauses de force majeure, la question de savoir si une partie peut invoquer la clause d'imprévision dans le contexte de l'épidémie du coronavirus dépendra du contenu du contrat et de son interprétation au regard du droit applicable au contrat.

Néanmoins, dans la majorité des cas, les clauses d'imprévision ne viseront pas les épidémies en tant que telles, mais des événements économiques précis de nature à bouleverser l'équilibre économique du contrat tels qu'une hausse du coût de provision des matières premières.

Ainsi, en fonction des conséquences économiques de l'épidémie, la clause d'imprévision pourra être invoquée si

par exemple une partie au contrat se trouve dans l'obligation de recourir à une nouvelle source d'approvisionnement plus onéreuse ou si la chute brutale de commandes des clients l'empêche d'honorer ses engagements.

En droit français, à l'instar de la force majeure, si l'imprévision fait l'objet de dispositions légales, celles-ci ont un rôle supplétif et les parties pourront aménager elles-mêmes la clause d'imprévision au sein du contrat.

MAC/MAE

Certains contrats répartissent le risque entre les parties lorsque surviennent des événements dont il est raisonnable d'anticiper qu'ils entraîneraient un changement défavorable (*material adverse change* ou *MAC*) ou un effet défavorable (*material adverse effect* ou *MAE*) significatif pour l'entreprise. La survenance d'un MAC ou d'un MAE peut donner le droit à une partie de se soustraire à l'exécution du contrat, voire de le résilier.

D'autres accords peuvent exiger que la partie notifie à son cocontractant toute circonstance susceptible de constituer un MAC ou un MAE, et notamment :

- la violation, l'inexécution ou tout autre manquement aux obligations contractuelles concernées.
- la connaissance d'une menace de contentieux judiciaire ou arbitral significatif.
- toute situation ayant un impact important sur la capacité de la partie concernée à exécuter ses obligations en vertu du contrat.
- toute situation ayant un impact significatif sur ses opérations ou résultats financiers.

La question de savoir si une crise de santé publique telle que la COVID-19 est suffisante pour déclencher une clause MAC, suppose, tout d'abord, de vérifier que l'épidémie de coronavirus ne relève pas des « *circonstances générales* » pour lesquelles les parties ont entendu écarter l'application de la clause. Ainsi, certaines clauses MAC écartent des risques tels que « *les pandémies, les tremblements de terre, les inondations, les ouragans, les tornades ou autres catastrophes naturelles, les événements liés aux conditions météorologiques, les cas de force majeure ou autres événements comparables* ».

En l'absence d'une telle exclusion générale, la partie qui souhaite invoquer la clause MAC devra démontrer que l'épidémie a provoqué un changement défavorable important pour l'ensemble du contrat. Dans la majorité des cas, la partie essaiera de démontrer que la crise a eu un impact négatif important sur la situation financière ou les opéra-

tions de la contrepartie, et que cet impact persistera pendant une durée significative.

En ce qui concerne COVID-19, en supposant que la partie qui invoque la clause puisse démontrer que l'épidémie a ou aura un impact négatif substantiel sur la situation financière de la contrepartie, elle devra également démontrer la durée significative de cet impact. Ce deuxième élément dépendra, dans le cadre de la crise actuelle, de la durée de l'épidémie, des mesures prises par les gouvernements et de la gravité de la perturbation économique mondiale qui en résulte.

A titre d'exemple, une affaire récente démontre les difficultés d'interprétation qui peuvent surgir lors de l'application d'une clause MAE dans le contexte actuel de la pandémie de COVID-19. Le 24 avril 2020, le fabricant d'appareils médicaux, Alphatec Holdings, a renoncé à son projet d'offre publique en annonçant à EOS Imaging (la cible), pionnier de l'imagerie médicale orthopédique 2D / 3D, la résiliation de l'accord relatif au dépôt d'un projet d'offre publique (« TOA ») qui les liait. Alphatec Holdings, a déclaré que la COVID-19 a eu un « effet défavorable significatif » sur EOS Imaging qui rendait la réalisation de la transaction impossible. En l'espèce, la clause MAE incluse dans le TOA avait un champ d'application large et plutôt favorable à l'acquéreur en définissant l'« effet défavorable significatif » comme « *tout fait, changement, développement, événement, occurrence ou effet qui, individuellement ou conjointement (ensemble avec tous les autres effets, causes), cause ou est raisonnablement susceptible de causer (i) un effet défavorable significatif sur l'activité, les résultats, les opérations, les actifs, les conditions des propriétés (financières ou autres), les passifs, des Sociétés du Groupe, prises dans leur ensemble, (ii) une diminution prévue de plus de quinze (15%) des revenus de la Société pour l'exercice financier se terminant le 31 décembre 2020 par rapport à l'exercice financier se terminant le 31 décembre 2019, ou (iii) une réduction significative de la capacité des Sociétés du Groupe à poursuivre l'exploitation de l'activité des Sociétés du Groupe après le règlement de l'Offre de manière sensiblement identique à celle qui était exploitée immédiatement avant la date du présent Accord* ». La mise en jeu de la clause MAE devrait dispenser Alphatec Holdings du paiement d'une indemnité de résiliation au profit d'EOS Imaging. Toutefois, selon les propos rapportés par la presse, cette dernière ne partage l'analyse d'Alphatec Holdings. En effet, la clause MAE contient des exclusions en précisant que certains éléments ne devraient pas être pris en compte pour déterminer si un effet défavorable significatif s'est produit, en excluant notamment « *tout changement ou développement défavorable des conditions*

générales du secteur, ou toute perturbation macro-économique (y compris résultant d'actes de guerre ou de terrorisme) ou changement défavorable des marchés financiers, bancaires ou des valeurs mobilières, en Europe ou aux États-Unis (y compris toute suspension de la négociation ou limitation des prix des valeurs mobilières sur une bourse de valeurs pendant une période supérieure à trois heures), à moins que ce changement ou développement défavorable n'affecte de manière disproportionnée les Sociétés du Groupe ». Ainsi, selon ce que semble arguer EOS Imaging si la pandémie de COVID-19 a un impact à court terme sur elle, en ligne avec son secteur d'activité, cette crise n'affecte pas la perspective à long terme de la société.

Changements réglementaires ou législatifs (change of law)

Certains contrats, et notamment les contrats à long terme, peuvent également contenir une clause de changements réglementaires ou législatifs (*change of law*), qui autorise l'une ou l'autre des parties à renégocier ou résilier le contrat, lorsqu'un changement de la loi ou de la réglementation applicable rend impraticable ou impossible l'exécution par une partie de ses engagements contractuels.

De telles clauses pourraient devenir pertinentes lorsqu'une disposition législative ou réglementaire adoptée dans le but de contenir la pandémie de coronavirus restreint la capacité d'une partie à s'acquitter de ses obligations contractuelles (confinement, fermetures des frontières, restrictions de voyage, fermetures d'entreprises ou d'usines ordonnées par le gouvernement).

Les parties au contrat se doivent dès lors de suivre de près les mesures législatives et administratives adoptées en réponse à la pandémie.

Autres clauses

Certains contrats peuvent inclure d'autres stipulations contractuelles pouvant être mises en œuvre (en fonction de la rédaction de chaque clause) dans le contexte actuel et notamment des clauses de révision de prix, de produits,

de délais de livraison, de prévision de commandes, de budget, d'engagement de volumes, des clauses de renégociation, des clauses limitatives de responsabilité ou encore des clauses de substitution en cas de défaillance du cocontractant.

B. CLAUSE À INCLURE

Les entreprises qui sont en train de négocier de nouveaux accords commerciaux ou qui sont en mesure de renégocier leurs contrats commerciaux en cours, devraient envisager d'inclure des stipulations permettant d'adresser les conséquences potentielles d'une détérioration de leurs activités liées à l'épidémie de COVID-19.

Cet aménagement contractuel est d'autant plus nécessaire aujourd'hui puisque l'épidémie de COVID-19 n'est plus un évènement que l'on pourrait qualifier d'« *imprévisible* » depuis approximativement fin janvier 2020 et ne saurait dès lors plus remplir les conditions de l'article 1218 du code civil relatives à la qualification d'un évènement de force majeure.

C'est pourquoi il est recommandé aux entreprises d'insérer une clause explicite garantissant que des épidémies telles que celle de COVID-19 soient contractuellement qualifiées de force majeure. Ainsi, la clause pourrait dresser une liste d'évènements devant être automatiquement considérés comme des cas (contractuels) de force majeure (même lorsque les conditions légales ne sont pas réunies). Les parties pourraient aussi prévoir une durée spécifique de suspension de leurs obligations, en cas de force majeure (contractuelle) temporaire, en indiquant, par exemple, que ce n'est que si la suspension due à la force majeure persiste au-delà d'un certain délai, que chacune des parties (ou uniquement la partie empêchée) pourra mettre fin au contrat.

La situation actuelle met en lumière de ciseler ses contrats et que le contrat, acte de prévision, ne doit pas négliger des cas qui apparaissent improbables lors de sa signature !