

FICHES PRATIQUES

GERER SON ENTREPRISE PENDANT LA CRISE COVID-19

Que prévoit le droit français?

Anne-Florence Raducault

Contentieux/Litigation



LES INTERROGATIONS PENDANT LA CRISE

01 QUI ?

- Les clients
- Les fournisseurs

04

COMMENT ?

- Anticipation
- Prévention
- Action

02

QUOI ?

- Les contrats
- Les créances
- Les dettes

01

03

04

03

QUAND ?

- Pendant l'état d'urgence sanitaire
- Après l'état d'urgence sanitaire



LES FICHES PRATIQUES

Fiche 1: Que faire en cas d'inexécution totale ou partielle d'une prestation attendue ?

Fiche 2: Puis-je rompre un engagement contractuel ou une relation commerciale, notamment en cas de perte d'intérêt ?

Fiche 3: Puis-je augmenter mes prix / Mon contractant peut-il augmenter ses prix ?

Fiche 4: Comment conserver ma trésorerie et gérer les impayés actuels?

Fiche 5: Quelles actions dois-je anticiper pour l'après état d'urgence sanitaire ?

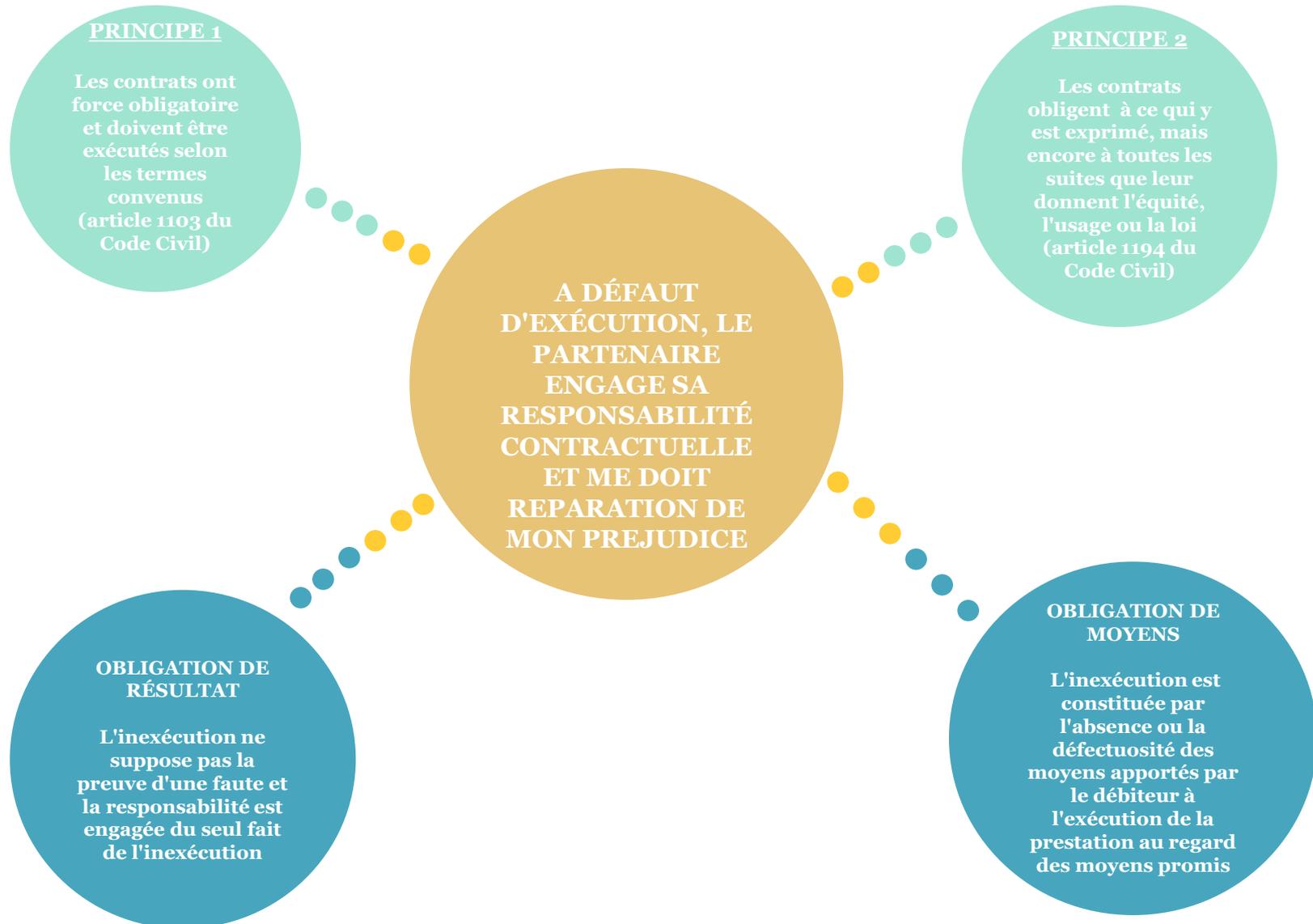
Fiche 1: Que faire en cas d'inexécution totale ou partielle d'une prestation attendue ?

Slide 4



Bird & Bird

I – PRINCIPE: EXECUTION DU CONTRAT DANS TOUTES SES DISPOSITIONS



II – CONSEQUENCES DE L'INEXECUTION



LIBERATION

EN CAS D'INEXECUTION
PAR L'AUTRE PARTIE,
L'EXCEPTION
D'INEXÉCUTION VOUS
PERMET DE NE PAS
RÉALISER VOS
PROPRES OBLIGATIONS
(ARTICLE 1217 DU CODE
CIVIL)

*Exemples : absence de
livraison, livraison tardive ...*

Ces dommages et intérêts
sont dus sans que le
créancier soit tenu de
justifier d'aucune perte.

Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt légal susmentionné.

Votre partenaire est condamné au paiement de **DOMMAGES ET INTÉRÊTS** soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.

les dommages et intérêts octroyés correspondent généralement à **la perte subie et au gain dont vous avez été privé**, sauf les exceptions et modifications ci-après.

Les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une **SUITE IMMÉDIATE ET DIRECTE DE L'INEXÉCUTION.**



INDEMNISATION

OU

Stipulations contractuelles expresses:

Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été stipulés ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.

Art. 4 Ord. 2020-306 du 25 mars 2020 (modifiée par Ord. 2020-427 du 15 avril 2020):

Un moratoire a été instauré depuis le 12 mars 2020 sur les **sanctions** (astreintes, pénalités, déchéances et clauses résolutoires) applicables en cas de non-respect des délais contractuels:

- Si le délai avait déjà expiré **avant** le 12 mars 2020, les effets de la sanction sont suspendus pendant une *période dite juridiquement protégée* (période d'état d'urgence sanitaire + 1 mois) soit, en principe, jusqu'au 24 juin 2020.
- Si le délai expire **pendant** la période juridiquement protégée, les effets de la sanction sont reportés, à l'issue de la *période juridiquement protégée*, pour une durée égale au temps restant normalement à courir au 12 mars 2020.
- Si le délai expire **après** la *période juridiquement protégée*, les effets de la sanction sont reportés pour une période égale, **sauf s'il s'agit d'une obligation de paiement d'une somme d'argent, auquel cas la sanction trouve à s'appliquer à l'expiration du délai convenu.**

III – PUIS-JE FORCER L'EXECUTION PENDANT LE COVID-19?

La situation judiciaire et contentieuse est très fortement ralentie suite à l'épidémie du COVID-19, mais des possibilités existent toujours.

VÉRIFIER CE QUE **STIPULE** LE CONTRAT?

L'article 1351 du Code Civil dispose que "L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence* lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger"

* à hauteur de ce qui n'a pas été exécuté

Si une telle clause existe,
METTRE VOTRE
PARTENAIRE EN DEMEURE
DE S'EXÉCUTER

Une telle clause pourra toutefois être réputée non écrite si elle crée un **déséquilibre significatif*** entre les **parties** (article 1171 du code civil, article L.442-1 du code de commerce)

**lien de soumission, rapport de force inégal entraînant une disproportion entre les droits et obligations des parties*



PRÉPARER UNE ACTION JUDICIAIRE AU FOND POUR APRÈS L'ETAT D'URGENCE

L'article 1217 du Code Civil offre diverses possibilités *au juge*:

- la **réduction du prix** (de manière proportionnelle)
La révision du contrat
L'adaptation du contrat
La fixation d'un terme au contrat
- la **résolution** (anéantissement) **du contrat**
- la **réparation** des conséquences de l'inexécution

Des injonctions de faire ou de ne pas faire sous astreinte sont également possibles

En cas de **péril imminent** pour votre activité
ENGAGER UNE ACTION JUDICIAIRE **URGENTE**
pour demander toute **injonction sous astreinte** ou **l'exécution forcée en nature**, ou encore pour prendre **les sûretés nécessaires** permettant de garantir le paiement ou l'exécution.

Les urgences civiles et commerciales (en référés ou sur requêtes) sont traitées par les tribunaux. Des permanences sont mises en place et les juges ont désormais la possibilité de rendre des **décisions sans audience** et rendre leurs jugements sur pièces ou d'organiser des **audiences par toute voie de communication** (visioconférence ou téléphone)

IV – EXCEPTION: L'APPLICATION DE LA FORCE MAJEURE AU COVID-19

CONDITION N°1: L'EXTERIORITE *

Un évènement échappant au contrôle du débiteur de l'obligation

Il est à noter que le fait du débiteur ou de son préposé ou substitué ne peut constituer un cas de force majeure, le débiteur exerçant un contrôle sur les actions de son préposé ou substitué (Cour de Cassation, 14 oct. 2010, n°09-16.967).

*Avant la réforme du droit des contrats de 2016, la jurisprudence faisait le plus souvent référence au critère de l'extériorité de l'évènement par rapport au débiteur de l'obligation.

(Cour de Cassation, 15 octobre 2013 , n°12-23126)



CONDITION N°2: L'IMPRÉVISIBILITÉ

Un évènement ne pouvant être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat

Si l'évènement était prévisible, le débiteur restera tenu d'exécuter son obligation, à défaut d'aménagements conventionnels.



Ce qui est vrai pour votre partenaire, l'est aussi pour vous: lorsque des solutions existent (par exemple: appel à un autre fournisseur), vous ne pourrez pas utiliser la force majeure pour vous libérer vis-à-vis de votre cocontractant, même si l'un de vos fournisseurs vous oppose la force majeure.

CONDITION N°3: L'IRRÉSISTIBILITÉ

Un évènement inévitable par des mesures appropriées

Les effets de cet évènement COVID-19 sur l'exécution du contrat doivent présenter un caractère radical puisque le partenaire doit se trouver **totalemment empêché** d'exécuter son obligation de ce fait.

Il ne peut simplement s'agir d'opposer:

- le coût plus onéreux de la prestation
- le manque de moyens de protection
- une difficulté supplémentaire de quelque nature que ce soit, apparaissant au moment de l'exécution
- dès lors qu'il existe des solutions (ex: changement de moyen de transport, changement de fournisseur, adaptation des conditions de travail, etc)

→ L'évènement doit être **insurmontable**: il faut alors démontrer l'impossibilité d'y remédier

LE CODIV-19 CONSTITUE T-IL UN CAS DE FORCE MAJEURE ?

Enjeu: Si les conditions de la force majeure sont retenues, les parties sont exonérées de toute responsabilité en cas d'inexécution de leur part

Position du gouvernement (pour les marchés publics)

Selon le Ministre de l'économie et des finances:

« Sans présumer des dispositions qui pourraient être adoptées dans le cadre du projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid -19, ces difficultés **peuvent** relever du régime de la force majeure, qui exonère les parties au contrat de toute faute contractuelle. Dans ces situations, les entreprises ne doivent donc pas dans le silence du contrat sur la force majeure se voir appliquer de pénalités, ni quelque autre sanction contractuelle que ce soit ».

(Déclaration de M. Bruno Le Maire, ministre de l'économie et des finances, sur l'impact économique de l'épidémie de COVID-19, à Paris le 28 février 2020)

- Les acheteurs publics (différents de l'Etat) peuvent retenir une analyse différente
- Aucun texte ne valide expressément à ce jour cette position: il convient de vérifier si la situation résultant de la crise sanitaire actuelle, notamment le confinement, ne permet effectivement plus au prestataire de remplir ses obligations contractuelles
- Cette position ne lie pas le juge à défaut de précision législative

Qu'en est-il des marchés passés entre personnes privées?

Il **n'est rien précisé à ce jour pour les marchés privés** : la prudence reste donc de mise et la discussion avec le partenaire est vivement conseillée au nom de l'obligation contractuelle de loyauté.

Il n'appartient qu'au **juge de déterminer, au cas par cas**, si les conditions de la force majeure sont réunies pour justifier l'inexécution de l'obligation d'un cocontractant

Le **Covid-19 ne constitue pas automatiquement un cas de force majeure** pour tous les contrats, mais suite à l'adoption de l'ordonnance 2020-306, indépendamment de la reconnaissance ou non de la force majeure, les sanctions applicables en cas de non-respect des délais prévus au contrat (pénalités, astreinte, résolution, déchéance) sont suspendues pendant une durée s'étendant du 12 mars 2020 jusqu'à un mois suivant la levée de l'état d'urgence sanitaire.

Les juges ont dit oui à la force majeure

- La maladie empêchant une personne de suivre une formation
→ pas d'obligation de régler les frais de scolarité
Cour de Cassation, 10 février 1998, n°96-13.316
- La survenance brutale et imprévisible d'une crise d'asthénie intense nécessitant l'**hospitalisation imprévue** et irrésistible d'un avocat
→ pas d'application de la sanction prévue en cas de non respect d'un délai de procédure
Cour d'Appel de Nîmes 6 novembre 2018, n°18/04133
- Les **restrictions aux frontières** d'un pays interdisant la circulation d'animaux d'élevage lors d'une épidémie
→ pas de rupture brutale des relations commerciales en cas de suspension des commandes passées auprès d'un fournisseur
Cour d'Appel de Paris, 26 sept. 2018, n° 15/09123
- La survenance d'une **épidémie** frappant des animaux ayant des conséquences irrésistibles sur l'exploitation agricole
→ maintien du bail de l'exploitant malgré plusieurs impayés
Cour d'Appel de Bourges 21 mai 2010 n°09/01290
- **L'épidémie de brucellose bovine** par sa grande virulence et sa contagiosité redoutable et se caractérisant par une période de latence indécélable et imprévisible revêtait les caractéristiques de la force majeure d'autant plus que le paysan avait tout mis en œuvre pour éviter la contamination et respecté les mesures sanitaires obligatoires
Cour d'Appel d'Agen, 21 janvier 1993
- La force majeure a été retenue en raison des **suspensions de contagion du COVID-19** et des risques encourus par tous, pour deux demandeurs d'asiles dans le département le plus touché (Haut-Rhin) exonérant la présence de ces derniers aux audiences de jugement
*Cour d'Appel de Colmar, 12 mars 2020, n° 20/01098 ;
et 23 mars 2020, n° 20/01207*

Plutôt OUI si l'événement considéré ...

- ✓ échappe à tout contrôle du débiteur
- ✓ ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat
- ✓ et si ses effets ne peuvent être évités par aucune mesure appropriée (c.à.d aucun moyen de remédier à la situation)

Les juges ont dit non à la force majeure

- Une épidémie H1N1 largement annoncée et **prévue** même avant la mise en œuvre de la réglementation sanitaire, dans la mesure où le fournisseur avait proposé à son client de modifier les commandes passées en lui proposant une **solution de remplacement** conforme aux nouvelles exigences sanitaires

Cour d'appel de Besançon, 8 Janvier 2014 – n° 12/02291

- Une grippe **sans incapacité totale** de se déplacer

Cour d'Appel de Rennes, 9 mars 2018, n° 18/01827

- La présence du virus chikungunya qui 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** et que l'hôtel pouvait honorer sa prestation durant cette période

Cour d'Appel de Basse-Terre, 17 déc. 2018, n° 17/00739;

- Dans le même sens, pour la **dengue en Martinique**, qui n'est ni imprévisible ni irrésistible

Cour d'Appel de Nancy, 22 nov. 2010, n° 09/00003

- L'obligation de confinement d'animaux liés à la grippe aviaire **sans impact démontré sur les résultats de l'exploitation**, ne permet pas à l'exploitant d'échapper au paiement des fermages (loyers)

Cour d'Appel de Toulouse, 3 octobre 2019, n° 19/01579

- Les difficultés financières d'une société résultant de l'impact d'une **épidémie** sur son activité en Afrique ne rendent pas impossible l'exécution de ses obligations (paiement des loyers)

Cour d'appel de Paris, 29 mars 2016, n° 15/12113

Plutôt NON si l'événement considéré ...

- ✓ n'est pas insurmontable pour la partie qui l'invoque
- ✓ peut être solutionné, même si les solutions provoquent un coût supplémentaire (*Si le surcoût est rédhitoire, voir Fiche 3*)
- ✓ n'a pas de lien de causalité avéré avec l'inexécution de l'obligation

V- LES EFFETS DE COVID-19 SUR VOS RELATIONS CONTRACTUELLES

EN CAS D'EMPÊCHEMENT TEMPORAIRE

✓ **L'obligation du partenaire n'est que suspendue** (article 1218 du Code civil et jurisprudence constante).

✓ La durée de la suspension dépend alors de la **durée de l'empêchement, dans la limite d'un délai raisonnable**, l'exécution pouvant reprendre dès la cessation de l'événement.

Autrement dit, toutes les obligations qui ne peuvent être actuellement honorées (par ex. : travaux, location et organisation d'événements, formation professionnelle, etc.) doivent être reportées et devront être réalisées dès que la situation le permettra.

✓ Concernant ce "**délai raisonnable**", l'ordonnance 2020-306 a mis en place un moratoire sur l'ensemble des sanctions liées au non-respect des délais contractuels allant jusqu'à l'expiration du délai d'un mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire: un rapprochement pourrait être fait avec le délai pendant lequel le partenaire peut reprendre après un empêchement temporaire.

✓ Néanmoins, il peut arriver que le retard rende inutile ou caduque la prestation pour l'une des parties (par ex: l'entreprise qui a commandé un événement festif pour le jour anniversaire de sa création, lequel interviendrait pendant la période concernée par la force majeure, pourrait soutenir que le report de cette fête ne fait pas sens: l'empêchement temporaire peut alors être assimilé à un empêchement définitif.)

EN CAS D'EMPÊCHEMENT DÉFINITIF

✓ **Pour les contrats antérieurs au 1^{er} octobre 2016**, l'empêchement définitif peut entraîner la résolution du contrat, laquelle devra être prononcée par le juge (ancien article 1184 du code civil - Cour de Cassation, 13 novembre 2014, n° 13-24.633).

✓ **Pour les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016**, l'impossibilité définitive d'exécuter le contrat par suite d'un événement de force majeure emporte la résolution de plein droit du contrat, sans qu'il soit besoin de saisir le juge (article 1218 alinéa 2 du code civil).

✓ L'obligation du partenaire n'existe plus: **il est déchargé** de toute responsabilité, sans moyen de contrainte à son encontre, ni indemnité compensatoire. Il ne peut toutefois pas conserver le prix d'une prestation non-exécutée ou d'une chose non-livrée.

✓ Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins **libéré** s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée (article 1351-1 du Code civil).

✓ En cas de résolution du contrat, **les sommes déjà versées sont restituées**, sauf si le contrat a été partiellement exécuté. Dans ce cas, il convient de calculer le prorata du prix correspondant à ce qui a déjà été exécuté conformément au contrat.

Votre responsabilité vis-à-vis de votre propre client



Si votre prestataire ou cocontractant dispose d'un empêchement légitime, cela se transforme-t-il automatiquement en exonération de responsabilité pour vous envers vos clients?

En réalité, vous êtes vous-mêmes le prestataire de vos clients et les principes ci-avant exposés s'appliquent à vos relations avec vos clients.

—> **Seule la force majeure peut vous exonérer**

Vous devez donc **prouver qu'il vous est impossible de remplacer** votre propre sous-traitant ou fournisseur.

Par exemple: il peut avoir un savoir-faire unique, ou bien les délais de recherche d'un nouveau prestataire ne vous permettent pas d'honorer vos propres engagements contractuels etc...



A noter : En **matière pénale**, en cas de mise en danger de la vie d'autrui du fait de l'impossibilité de réaliser votre prestation (travaux de sécurité urgents par exemple), vous devrez prouver que vous n'avez pas commis de faute caractérisée, à savoir que vous avez **mis en œuvre tous les moyens raisonnablement accessibles pour être en conformité et respecter vos propres obligations.**

VI – LES SPECIFICITES DES MARCHES PUBLICS

ACHETEUR PUBLIC

L'acheteur public peut **passer un marché public** en dehors du formalisme habituel.

En cas de simple urgence l'acheteur public peut passer un marché public en dehors du formalisme habituel (ex: réduction des délais de réception des candidatures et des offres).

En cas d'urgence impérieuse, il peut même passer outre l'obligation de publication et de mise en concurrence pour conclure un marché négocié.

Le marché sera limité aux seules prestations nécessaires pour satisfaire aux besoins urgents. Des renouvellements sont possibles mais ces exceptions sont contrôlées.

En tout état de cause, l'acheteur public peut **résilier un marché public** pour force majeure ou pour motif d'intérêt général: l'opérateur privé aura alors droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du marché .



OPERATEUR PRIVÉ

Les opérateurs privés peuvent cesser d'exécuter le marché privé à la condition de démontrer la force majeure, mais attention au CCAP et CCAG.

Si la reprise des relations contractuelles était impossible, l'imprévision sera alors qualifiée de force majeure, et l'opérateur privé pourrait obtenir la résiliation du marché sans être tenu au paiement d'une indemnité.

L'opérateur privé, titulaire du marché pourra opposer la force majeure afin d'écarter sa responsabilité notamment dans l'hypothèse où l'acheteur public souhaiterait lui imputer des pénalités de retard pour l'exécution du marché.

S'il continue d'exécuter pendant la crise COVID-19, l'opérateur privé peut obtenir une indemnisation, si l'acheteur public modifie radicalement les conditions d'exécution du marché (sous réserve que les conditions de l'imprévision et/ou de la théorie du fait du prince soient réunies).

*Fiche 2: Puis-je rompre un engagement contractuel
ou une relation commerciale, notamment en cas de
perte d'intérêt ?*



I – LES SUITES A DONNER AUX CONTRATS DEVENUS SANS INTERET



La renégociation

Un **changement imprévisible de circonstances** peut remettre totalement en cause l'équilibre du contrat entre les parties (ex: l'augmentation importante du prix des matières premières).

Etape 1

La caducité éventuelle de mes contrats conclus ou renouvelés **avant ou après le 1^{er} octobre 2016**



Etape 2

A
V
A
N
T

✓ Contrats à exécution instantanée

La jurisprudence considère que l'existence de la cause d'un contrat, entendu ici comme l'intérêt qu'il présente pour le cocontractant, doit être appréciée lors de la conclusion du contrat. Si un tel intérêt disparaît après la conclusion du contrat, le cocontractant **ne peut pas**, en principe, **invoker son inutilité et l'annuler**.

- Civ. 3^e, 17 juill. 1996, n°93-19.432

✓ Contrats à exécution successive

La disparition de la cause du contrat dont les prestations sont échelonnées dans le temps pourra, en cas de disparition involontaire et extérieure aux parties d'un élément essentiel, entraîner sa caducité de sorte **qu'il ne produira plus ses effets pour l'avenir**.

- Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n°07-17.646

Selon l'article 1186 du Code civil : *"Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.*

Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement."

La disparition de l'un des éléments essentiels du contrat ne peut entraîner sa **caducité** qu'à la condition que cette disparition soit indépendante de la volonté de la partie qui l'invoque (sinon il s'agirait d'une inexécution du contrat). La caducité ne s'applique donc pas si le cocontractant à lui-même participé à sa disparition (ex: locataire qui, volontairement, détruirait le bien loué rendant impossible la continuation du contrat).

- Cour d'appel d'Aix-en-Provence - Pôle 01 ch. 08, 5 mars 2020, n° 2020-80

A
P
R
È
S



En l'absence de clause contractuelle prévoyant l'hypothèse de caducité, il serait nécessaire de vous rapprocher de votre cocontractant pour convenir des conséquences de la caducité, notamment pour se prémunir du risque lié à la brutalité d'une rupture. A défaut un recours au juge pour la faire constater est opportun.

II – LA SPECIFICITE DES ANNULATIONS DE COMMANDES

Informer le fournisseur le plus tôt possible de cette annulation et privilégier la négociation pour trouver une solution amiable:

- En vertu de l'obligation de bonne foi du contrat
- En vertu de l'obligation de loyauté

Annulation d'une commande déjà exécutée ou en cours d'exécution ou de livraison

L'annulation entraîne ma responsabilité et mon cocontractant peut solliciter :

- ✓ **l'exécution forcée** (obligation de recevoir les marchandises et d'en payer le prix),
- ✓ le **paiement d'intérêts de retard**,
- ✓ l'allocation de **dommages et intérêts** s'il démontre l'existence d'un préjudice

(Cour d'Appel de Paris - Pôle 05 ch. 11 18 janvier 2013 / n° 11/08524)

Annulation d'une commande avant tout début d'exécution

L'annulation entraîne ma responsabilité et mon cocontractant peut solliciter :

- ✓ l'allocation de **dommages et intérêts** au regard du préjudice subi par le vendeur:
 - temps passé,
 - capacité de emploi,
 - perte du gain escompté

EN PRESENCE D'UN CONTRAT ECRIT

Option 1: La mise en jeu d'une clause résolutoire contractuelle

Suite à l'état d'urgence sanitaire, les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires et celles prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré pendant la période située entre le 12 mars et l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire (Article 4 Ord. n°2020-306)

Option 2: La rupture du contrat sans clause résolutoire

- ✓ **Contrat à durée déterminée:** obligation d'aller jusqu'au terme (sauf force majeure)
- ✓ **Contrat à durée indéterminée:** obligation de respecter un préavis
 - le délai prévu au contrat, il faut le respecter
 - ou à défaut, délai de préavis raisonnable (article 1211 du Code Civil)
- ✓ L'existence d'un délai de préavis contractuel ne dispense pas la juridiction d'examiner si ce délai de préavis tient compte de la durée de la relation commerciale et d'autres circonstances au moment de la rupture (nouvel article L.442-1 du Code de Commerce)
- ✓ Les juridictions demeurent libres de l'augmenter en cas d'insuffisance (C.Cass, 5 juillet 2016, n°15-17.004), mais également de le réduire (C.Cass, 22 octobre 2013, n°12-19500) mais cette dernière position est plus controversée.
- ✓ La rupture peut donc être qualifiée de brutale même si le préavis contractuellement déterminé a été respecté (C.Cass, 6 mars 2007, n° 05-18121)

Exception au préavis: Le manquement suffisamment grave du partenaire

- Les juges du fond retiennent une absence justifiée de préavis si les manquements qu'ils relèvent revêtent une **gravité suffisante** pour justifier une rupture sans préavis (C.Cass, 8 juin 2017 n° 16-10.005) → compte tenu du contexte actuel, la gravité suffisante sera **extrêmement dure** à atteindre pour le demandeur.
- L'ordonnance 2020-306 relative au COVID-19 prévoit un moratoire sur l'ensemble des sanctions liées au non-respect des délais contractuels et **la rupture fondée sur un tel motif devra attendre la fin de la période.**
- Les retards de paiement ne présentent pas un caractère de gravité justifiant la rupture sans préavis et ce, notamment compte tenu de la durée des relations commerciales (CA de Paris, 17 mai 2019, n°17/05180)

EN L'ABSENCE D'UN CONTRAT ECRIT

L'article L.442-1 du Code de Commerce impose un préavis écrit qui tient compte de la durée de la relation commerciale

La jurisprudence apprécie néanmoins le préavis au regard de l'ensemble des circonstances: importance financière de la relation, caractère exclusif ou non, notoriété ou spécificité des produits, investissements effectués.

A ce jour, aucune disposition légale ne permet d'invoquer le COVID-19 pour s'abstenir d'un préavis .

Effet: Fin du contrat

- ✓ Si les prestations échangées ne sont utiles que par l'exécution complète du contrat résolu: restitutions réciproques intégrales
- ✓ Si les prestations échangées deviennent utiles au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat: résiliation pour l'avenir

Fiche 3: Puis-je augmenter mes prix / Mon contractant peut-il augmenter ses prix ?



MODIFICATION DU COUT DES PRESTATIONS (DONC DE LA MARGE): QUE FAIRE?

Le COVID-19 génère des surcoûts: hausse du prix de certaines matières, nécessité de modifier les conditions de production et de travail, de transport et de livraison.

Ces surcoûts peuvent-ils être répercutés sur les prix négociés?



Vous ne pouvez pas imposer une augmentation du prix contractuel fixé, absence d'automatisme de répercussion de l'exécution.

MECANISME DE L'IMPREVISION
Article 1195 du Code Civil applicable aux contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016

- ✓ Vous devez démontrer que les difficultés invoquées ne pouvaient être anticipées: le changement de circonstances doit être imprévisible ,
- ✓ Vous devez démontrer que le changement rend excessivement onéreux l'exécution de la prestation,
- ✓ Vous ne devez pas avoir choisi d'assumer le risque, l'imprévision peut être exclue ou régie par des dispositions contractuelles: vous devez donc analyser vos clauses de prix.
- ✓ Rien ne vous empêche de prévoir dans le contrat le niveau de déclenchement de la théorie de l'imprévision : doublement du prix des matières premières, modifications de méthodes de fabrication..., au besoin sous contrôle d'un tiers.

→ NEGOCIATION

Obligation de renégocier de bonne foi tout en respectant les termes contractuels (loyauté contractuelle)

Aucune obligation d'accepter un accord

→ **ROLE PREPONDERANT DU JUGE**

- ✓ Une partie peut demander au juge de réviser le contrat,
- ✓ Le juge peut adapter le contrat sur commun accord des parties,
- ✓ Le juge peut également décider d'un **terme au contrat**: il considère que le contrat ne pouvant plus être exécuté du fait de la modification de ses obligations et conditions essentielles, il y a lieu d'en déterminer une fin,
- ✓ Le juge, dans ce cas, fixe la date de fin de contrat,
- ✓ Le juge fixe les conditions d'exécution du contrat jusqu'à son terme.

Fiche 4: Comment conserver ma trésorerie et gérer les impayés actuels ?



I – LA GESTION DE MES IMPAYES ANTE COVID-19

Le partenaire débiteur a l'obligation de payer les sommes dues avant le 12 mars 2020, sauf à démontrer un cas de force majeure.

Quand bien même, un cas de force majeure serait invoqué et fondé (*cf fiche 1*), celui-ci peut être privé d'effet dans deux situations:

L'article 1351 du code civil dispose que "*L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure.*"

- Des clauses de garantie peuvent avoir été stipulées dans les contrats: ces clauses peuvent imposer que le débiteur se « chargera » d'exécuter en dépit de la force majeure.
- L'exception liée à la force majeure n'est pas accordée lorsque préalablement à la survenance de l'événement, le créancier aura déjà mis en demeure le débiteur d'exécuter.

Lorsque le débiteur avait été sommé d'exécuter, il lui revient d'assumer la charge des risques de la survenance d'une impossibilité ultérieure pour cause de force majeure.

La Cour de cassation a jugé que « *le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure* » (Cour de Cassation, 16 septembre 2014 n°13-20.306)

Des mesures de contrainte peuvent donc être mises en place à son encontre, si l'une des conditions ci-dessus est remplie.

Les impayés ANTERIEURS

au 12 mars 2020*

ACTION JUDICIAIRE EN PAIEMENT

- ✓ *En raison du fonctionnement très restreint des tribunaux, il convient de justifier d'une réelle urgence (notamment vis à vis de votre situation économique)*
- ✓ *En raison des moratoires mis en place par l'ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020 (d'ordre public) et modifiée par l'ordonnance n°2020-427 du 15 avril 2020, les mesures de pénalité, astreinte, résolution ou déchéance sont paralysées jusqu'à un mois suivant la cessation de la situation d'état d'urgence sanitaire*

MISE EN PLACE DE MESURES CONSERVATOIRES (autorisations sur requêtes)

- ✓ *Saisies conservatoires sur les comptes bancaires*
- ✓ *Saisies conservatoires de créances*
- ✓ *Nantissement de fonds de commerce*
- ✓ *Saisies mobilières*
- ✓ *Autres mesures*

LIAISONS AVEC LES HUISSIERS DE JUSTICE

- ✓ *Recherches sur les comptes bancaires détenus*
- ✓ *Recherches sur les biens mobiliers*

II – LA GESTION DE MES IMPAYES PENDANT ET APRES COVID-19

L'ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020, modifiée par l'ordonnance n°2020-427 du 15 avril 2020, a instauré un moratoire sur l'ensemble des sanctions liées au non-respect des délais contractuels et ce, pendant une durée s'étendant du 12 mars 2020 jusqu'à un mois suivant la cessation de la situation d'état d'urgence sanitaire (période juridiquement protégée).

Toutefois, **les délais de paiement ne sont pas eux-mêmes affectés**: votre partenaire a l'obligation de payer les sommes dues à la date prévue, même si les sanctions en cas d'inexécution (pénalités, astreintes, déchéances, clauses résolutoires) sont suspendues pendant la période juridiquement protégée.

Il est précisé que « *le paiement des obligations contractuelles doit toujours avoir lieu à la date prévue par le contrat* » (Rapport au Président).

En outre, les intérêts de retard pour non-paiement à l'échéance ne sont généralement pas qualifiés de clause pénale et devraient pouvoir continuer à être appliqués.



La résolution pour défaut de paiement à échéance ne pourra pas être mise en œuvre avant l'issue de la période définie.



Possibilité de mettre en place des garanties judiciaires ou d'engager une action à l'instar de ce qui est applicable aux impayés ante COVID-19.

IL EST DONC INDISPENSABLE D'AVOIR UNE RÉACTION IMMÉDIATE

A SAVOIR:

- Le Gouvernement appelle toutefois à la loyauté contractuelle et à ne pas pénaliser les entreprises en situation précaires.
- Il ne doit y avoir aucun avantage injustifié ni abus, et dès lors aucun déséquilibre significatif (*article L.442-1 du Code de Commerce*)

La Commission d'examen des pratiques commerciales considère que peut constituer un déséquilibre significatif l'absence de clause de révision d'un contrat successif de fournitures de matériels conclu entre un grossiste et un partenaire, alors que par suite de l'évolution des circonstances économiques (augmentation du prix des matières premières entrant dans la fabrication de ces matériels et hausse corrélative des prix payés par le grossiste) est constatée une aggravation significative, sans contrepartie, de l'obligation du grossiste envers le partenaire commercial. (avis 12-07)

Les impayés POSTERIEURS au 12 mars 2020*

MISE EN PLACE D'ALERTE

- ✓ Catégoriser et surveiller ses partenaires commerciaux en fonction du risque
- ✓ Mettre en place une veille financière

MISE EN PLACE DE MORATOIRES

- ✓ Encadrer les moratoires par un accord écrit précis et signé par les deux parties (avenant au contrat)
- ✓ Indiquer des pénalités en cas de retard ou de non exécution

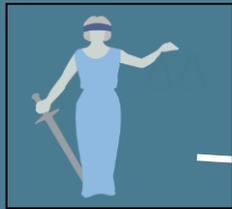
/!\ Astreintes et pénalités ne débiteront qu'après l'expiration du délai d'un mois suivant la cessation de la situation d'état d'urgence sanitaire

NEGOCIER DES SURETES ECRITES AVEC LES PARTENAIRES

- ✓ Obtenir une garantie de l'actionnaire, de la maison mère, d'une banque
- ✓ Obtenir une caution d'un tiers
- ✓ Mettre en place des clauses de réserve de propriété au plus tard au moment de la livraison pour assurer son opposabilité
- ✓ Mettre en place des délégations de paiement ou un mécanisme de paiement direct par le client final

Fiche 5: Quelles actions dois-je anticiper pour l'après- état d'urgence sanitaire ?

Slide 24



I – EN CAS DE MODIFICATION SUBSTANTIELLE DES CONDITIONS CONTRACTUELLES: LA RENEGOCIATION EST IMPOSEE

Compte tenu de l'importance de l'évolution des circonstances économiques et des impacts financiers de la crise du COVID-19, les relations avec les partenaires contractuels vont être modifiées.



PRINCIPE

L'article 1195 du Code Civil reprend la jurisprudence applicable auparavant en matière d'imprévision et 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."



CONDITIONS D'APPLICATION

- ✓ La partie qui l'invoque ne doit pas avoir accepté d'en assumer le risque
- ✓ Le changement de circonstances invoqué doit être imprévisible : démontrer que les difficultés invoquées ne pouvaient être anticipées,
- ✓ Le changement doit rendre excessivement onéreux l'exécution de la prestation (distinction avec l'évènement constitutif d'un cas de force majeure qui rend totalement impossible l'exécution de la prestation)



ENSEIGNEMENTS PRATIQUES

- ✓ Un cocontractant peut imposer une **renégociation de bonne foi** à son partenaire
- ✓ Les parties doivent **respecter le contrat pendant la renégociation**
- ✓ **Aucune obligation** de parvenir à un nouvel accord
- ✓ La **loyauté contractuelle** demeure indispensable



- ✓ Une partie peut demander au juge de **réviser le contrat**
- ✓ Le juge peut **adapter le contrat** sur commun accord des parties
- ✓ Le juge peut également **mettre fin au contrat** à une date qu'il détermine et selon les conditions qu'il fixe

II – LE RECOURS AUX JUGES: LA PREPARATION DES CONTENTIEUX

ANTICIPATION



Contrôle des partenaires à risques / vérification de l'assurance perte d'exploitation

Mise en place/ négociations des mesures conservatoires

Négociation d'avenants avec de nouvelles conditions pendant la crise

Préparation des actes judiciaires (assignations, mémoires, requêtes, pièces...)

Exécution forcée des accords conclus avec les partenaires

Délivrance des actes judiciaires (Injonction de payer ou de faire sous astreinte , référé-provision, assignation au fond...)

Inscription des garanties prises

Exécution forcée des décisions

ACTIONS

L'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 a créé une zone de protection des délais d'action

Tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période entre le **12 mars 2020 et l'expiration d'un délai d'un mois** à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire, **sera réputé avoir été fait à temps** s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la **limite de deux mois**.

A noter toutefois que les délais de réflexion, de rétractation et de renonciation, ainsi que les délais de remboursement de sommes d'argent relatifs à l'exercice de ces mêmes droits ont été **expressément exclus de cette zone de protection des délais** (Ord. n°2020-427 du 15 avril 2020)

Fiche 6: Qui contacter pour m'assister?

Slide 27





Anne-Florence Raducault

(Avocat associé)

@ Anne-florence.raducault@twobirds.com

☎ 04.78.65.65.75

☎ 06.84.99.14.62

- Contentieux Civils et Commerciaux
- Responsabilité des produits défectueux
- Management/Prévention des risques / crises
- Prévention du risque pénal

20 ans d'expérience



Céline Gasser

(Avocat collaborateur

Senior)

@ Celine.gasser@twobirds.com

☎ 04.78.65.65.85

- Contentieux commerciaux (concurrence déloyale, pratiques trompeuses...)
- Contentieux contractuels et précontractuels
- Contentieux en droit immobilier
- Gestion des mesures conservatoires/exécution

8 ans d'expérience



Benjamin Maubert

(Avocat collaborateur)

@ Benjamin.maubert@twobirds.com

☎ 04.78.65.65.78

- Contentieux haut de bilan
- Contentieux en droit des sociétés
- Contentieux financiers et d'acquisition
- Négociation / Rédaction d'accords transactionnels

3 ans d'expérience

Equipe Contentieux des Affaires – Prévention des Risques

