

## 26 Contrats d'affaires : quelques réflexes post-confinement lié à la pandémie de Covid-19

Après des semaines de confinement, la vie économique reprend, encore marquée par des restrictions. Aux nombreux textes spéciaux s'ajoutent désormais les premières décisions judiciaires concernant l'épidémie. Le professeur Kenfack rappelle les réflexes utiles dans ce nouveau contexte.

1 La pandémie de Covid-19 a entraîné la fermeture obligatoire de commerces et l'arrêt de nombreuses activités dans plusieurs pays du monde. **La vie des affaires reprend**, avec des restrictions sanitaires, et elle redeviendra normale avec le temps, le retour des clients ou le remplissage des carnets de commandes ne pouvant se décréter. Le confinement a été marqué en France par de nombreux textes qui bouleversent les contrats d'affaires, notamment la loi 2020-290 du 23 mars 2020 « d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 » déclarant « l'état d'urgence sanitaire » sur le territoire national et habilitant le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnances, toutes les mesures nécessaires pour faire face aux conséquences de la pandémie de Covid-19. A la suite de cette loi, de nombreux autres **textes de droit spécial** ont été adoptés, notamment la célèbre ordonnance 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 (modifiée par l'ord. 2020-427 du 15-4-2020, par l'ord. 2020-560 du 13-5-2020 et, en dernier lieu, par l'ord. 2020-666 du 3-6-2020), et complètent ceux de **droit commun des contrats**.

L'objectif de ce très bref article n'est pas de les analyser mais uniquement de rappeler les **réflexes de vérification** à avoir à la suite de la pandémie de Covid-19 (voir E. Flaicher-Maneval et C. Flatrès, « Les relations d'affaires à l'épreuve du Covid-19 » : BRDA 11/20 inf. 20 s., spécialement inf. 20 n<sup>os</sup> 2 s.). Ils concernent tous les contrats en général et parfois plus spécifiquement les baux commerciaux.

### La nature interne ou internationale du contrat

2 C'est probablement le premier réflexe à avoir qui impose d'autres vérifications.

D'une part, le contrat est-il interne ou international ? La réponse a de nombreux intérêts, les parties ayant une plus grande **liberté** dans les contrats internationaux dans lesquels certaines clauses sont plus fréquentes.

D'autre part, quelle est la **loi applicable** au contrat d'affaires concerné ? Dans la très grande majorité des cas, le contrat comporte une telle clause. Si la loi du contrat (lex contractus) est la loi française, il convient de vérifier non seulement le droit commun français mais aussi le droit spécial issu des ordonnances. Même si elle ne l'est pas, il ne faut pas oublier que le droit français, surtout celui spécial issu des ordonnances, peut être appliqué par le juge du for compétent en tant que loi de police du for si les conditions sont réunies (voir, B. Haftel, « Le Covid-19 et les contrats internationaux » : D. 2020 p. 1040 ; H. Kenfack, « Bref retour sur la pandémie de la Covid-19 et les contrats internationaux » : Mélanges D. Cossi-Sossa, à paraître, 2020).

Une vigilance particulière s'impose dès que le **contrat** produit des **effets en France**, qu'il soit interne ou international, que la loi française soit ou non applicable.

### La date de conclusion du contrat

3 Le contrat a-t-il été conclu ou renouvelé après le 1<sup>er</sup> octobre 2016 ?

Cette question peut avoir une importance considérable, notamment en ce qui concerne les outils à utiliser pour tirer les conséquences des ordonnances.

Cette date vise l'entrée en vigueur de l'essentiel de la **réforme du droit français des contrats**. Elle détermine par exemple l'application ou non de l'article 1195 du Code civil sur l'imprévision ou même celle de l'article 1221 du même Code d'après lequel « le créancier d'une obligation peut [...] en poursuivre l'exécution en nature sauf [...] s'il existe une

Agrégé des facultés de droit, Hugues Kenfack est professeur à l'Université Toulouse I Capitole, spécialiste du droit des contrats et du droit des affaires.



Il est coauteur du Précis Dalloz, Droit commercial (6<sup>e</sup> éd. Dalloz, à paraître en 2021) et de Droit et pratique des baux commerciaux (6<sup>e</sup> éd. Dalloz 2020). Il est par ailleurs arbitre, médiateur et consultant indépendant.

HUGUES KENFACK  
Professeur à l'Université Toulouse I Capitole

disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ».

### La période juridiquement protégée et l'application éventuelle d'une des ordonnances

4 Le droit revendiqué est-il concerné par une « **période juridiquement protégée** » ? Celle-ci n'est pas unique (notamment, pour ce qui concerne l'ordonnance 2020-316 du 25 mars 2020 relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz, d'électricité, afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie du Covid-19, la période visée est celle du 12 mars au 10 septembre 2020) et il faut y prêter une attention particulière.

5 Conformément à l'**ordonnance** 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la **prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire** et ses modifications déjà citée, cette période

s'étend du 12 mars 2020 au 23 juin 2020 à minuit. Pour rappel, plusieurs **types de délais** sont **aménagés** et il convient de bien les considérer. Ils concernent notamment le jeu des astreintes et clauses contractuelles sanctionnant l'inexécution d'une obligation ou même l'accomplissement de certains actes exigés par la loi, mais à l'exclusion des obligations contractuelles.

## “ Attention : la période juridiquement protégée varie suivant les textes ”

Deux mesures de ce texte en particulier sont à avoir à l'esprit.

D'une part, l'article 4, al. 1 qui dispose : « Les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses 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 définie au I de l'article 1. »

D'autre part, l'article 2 de l'ordonnance, aux termes duquel « tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi 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 mentionnée à l'article 1<sup>er</sup> 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 ». Même si ce texte impose des **mesures temporaires**, il convient de s'assurer de leur strict respect.

**6** Dans tous les cas, il faut vérifier l'application éventuelle d'une des ordonnances liées à la Covid-19, toutes n'ayant pas des effets temporaires. Par exemple, en matière de **loyers commerciaux** (sur ce sujet voir, récemment, A. et J.-P. Confino, « Les baux commerciaux malades de la peste » : AJDI 2020 p. 326 ; J.-P. Blatter, « Le bail, le Covid-19 et le schizophrène, propos à bâtons rom-

pus » : AJDI 2020 p. 245), les ordonnances 2020-306 et 2020-316 du 26 mars 2020 apportent une protection particulière au preneur quant au **risque d'acquisition de la clause résolutoire** en cas de non-paiement de loyer durant la crise sanitaire. Encore faut-il bien s'assurer que les conditions d'application de ces ordonnances sont remplies.

**7** En ce qui concerne toujours les loyers commerciaux et les charges, il convient également de ne pas oublier l'article 14 B du Code général des impôts, créé par la loi 2020-473 de finances rectificative du 25 avril 2020, d'après lequel « ne constituent pas un **revenu imposable** du bailleur les éléments de revenus relevant du présent I ayant fait l'objet, par le bailleur, d'un abandon ou d'une renonciation au profit de l'entreprise locataire entre le 15 avril et le 31 décembre 2020 dans les conditions et limites mentionnées au 9° du 1 de l'article 39. L'application du présent article ne fait pas obstacle à la déduction des charges correspondant aux éléments de revenus ayant fait l'objet d'un abandon ou d'une renonciation ». Il s'agit là d'une bonne **base de négociation**.

**8** Sans doute y aura-t-il des batailles judiciaires sur la qualification et les conséquences de toutes ces ordonnances, y compris en articulation avec le droit commun.

### L'existence de clauses relatives à l'inexécution (au sens large)

**9** Le contrat comporte-t-il une **clause relative à la force majeure** ? Si la réponse est positive, il convient de s'y reporter. La possibilité pour les parties de contractualiser la force majeure est admise, y compris en droit interne. Une clause peut avoir prévu les événements pouvant être qualifiés de force majeure ainsi que les effets de cette dernière, comme l'illustre un litige récent, qui ne fait que commencer. Le contrat-cadre entre Total Direct Energie et EDF, aux termes duquel le premier achète au second en gros de l'électricité qu'il revend sur le marché de détail, comporte la clause de force majeure étendue suivante : « La force majeure désigne un événement extérieur, irrésistible et imprévisible rendant impossible l'exécution des obligations des Parties dans des conditions économiques raisonnables. » Cette clause a donné lieu à un arrêt rendu en référé le 28 juillet 2020, la cour d'appel de Paris ayant décidé que, compte tenu de la **définition contractuelle de la force majeure** contenue dans l'accord liant les parties, d'une acception

plus large que la notion telle qu'elle est retenue en droit civil, l'existence d'un cas de force majeure constitué par la crise liée à l'épidémie de Covid-19 ne pouvait pas être écartée avec l'évidence requise en référé (CA Paris 28-7-2020 n° 20/06689 : BRDA 17/20 inf. 11).

Dans l'ordonnance de référé frappée d'appel, le président du tribunal de commerce de Paris avait considéré que la crise liée à l'épidémie de la Covid-19 constituait un cas de force majeure tel que défini dans le contrat entre les parties (T. com. Paris 20-5-2020 n° 2020/016407 ; L. Vogel et J. Vogel, « Direct Energie contre EDF : le juge des référés qualifie l'épidémie de Covid-19 de cas de force majeure » : BRDA 14/20 inf. 21).

**10** Le contrat comporte-t-il une **clause relative à l'imprévision**, par exemple une stipulation par laquelle les parties renoncent à l'article 1195 du Code civil ? Une telle renonciation peut soulever des difficultés et le juge aura peut-être l'occasion de les trancher.

### L'existence de clauses relatives aux assurances

**11** Le contrat comporte-t-il une clause relative aux assurances ?

Cette question impose une lecture minutieuse de contrat d'assurance et une double vérification en fonction du contrat. D'une part, le contrat d'assurance couvre-t-il par exemple la perte de loyer du bailleur en cas de bail commercial ? D'autre part, comporte-t-il une garantie des pertes d'exploitation ? Cette garantie n'est pas obligatoire mais optionnelle et, en raison de son coût relativement élevé, elle n'est pas systématiquement souscrite (M.-J. Loyer-Lemercier, « Les assureurs de dommages et le Covid-19 : droit, politique et communication » : BRDA 10/20 inf. 19). Il est nécessaire de bien vérifier le **périmètre**, la **nature** exacte des **dommages couverts**, les éventuelles **exclusions**, toutes les conditions de garantie. Une récente ordonnance de référé du tribunal de commerce de Paris, condamnant une compagnie d'assurances à prendre en charge les pertes d'exploitation subies par un restaurateur à raison de l'interdiction d'accueil du public édictée par arrêté ministériel dans le cadre de la crise sanitaire, a défrayé la chronique (T. com. Paris ord. 22-5-2020 n° 2020/017022 : BRDA 12/20 inf. 28 note L. et J. Vogel). Deux **thèses** s'y étaient opposées, à propos d'un contrat garantissant les pertes d'exploitation en cas de fermeture administrative. Pour le restaurateur, l'arrêté

ministériel du 14 mars 2020 devait être qualifié d'acte de fermeture administrative et aucune clause contractuelle n'excluait le risque de pandémie. Au contraire, pour la compagnie d'assurances, devait être considérée comme une fermeture administrative selon le contrat une mesure individuelle de police du préfet ou du maire de fermeture d'établissement, l'arrêté ministériel constituant une mesure générale interdisant l'accueil du public.

**12** Chacune de ces thèses a ses partisans et des adversaires, la seule réconciliation possible étant la leçon qu'il faut en tirer : une **rédaction minutieuse du contrat** d'assurance. L'attention des parties doit être attirée, plus que par le passé, sur ces clauses relatives aux assurances, et notamment celle liée à la perte d'exploitation.

### L'existence de clauses relatives aux litiges

**13** Outre la clause relative au choix de la loi applicable, déjà évoquée, il convient de vérifier l'existence de toute autre

clause relative aux litiges, même si dans les présentes lignes on se limite aux plus courantes.

Le contrat comporte-t-il une **clause d'arbitrage** ? Est-il ad hoc ou institutionnel ? Doit-il être précédé d'une médiation ? De nombreux contrats commerciaux comportent des clauses d'arbitrage et il conviendra de les mettre en œuvre. L'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport à toute loi étatique, son indépendance par rapport au contrat principal et le principe compétence-compétence dans ses deux aspects s'appliquent tout le temps, y compris pendant la crise sanitaire, et garantissent l'efficacité de la clause d'arbitrage (voir notamment, récemment, L. Weiller, « l'influence de la crise sanitaire sur les procédures arbitrales » : Procédures 2020 n° 18 ; B. Javaux et A.-M. Lacoste, « Impacts du Covid-19 sur les contentieux et arbitrages commerciaux » : RLDC 2020.6788 ; H. Kenfack, « Bref retour sur la pandémie de la Covid-19 et les contrats internationaux », précité).

Le contrat comporte-t-il une **clause de médiation obligatoire** avant toute sai-

sine du juge ou de l'arbitre ? L'effet procédural de cette clause est aujourd'hui dévastateur en cas de non-respect de la clause.

Le contrat comporte-t-il une **clause attributive de juridiction** ?

**14** **En conclusion**, il y a quelques réflexes à avoir pendant cette période post-confinement, l'un d'entre eux étant de bien examiner le contenu du contrat en cause. Dans tous les cas de désaccords, une négociation contractuelle est opportune, même en l'absence de clauses l'imposant, pour essayer de trouver une solution aux difficultés, un des éléments de négociation étant le contrat. Par ailleurs, les leçons doivent être tirées de cette pandémie et de ses conséquences pour essayer d'effectuer une anticipation du futur, même si aucun contrat ne peut tout prévoir.