



COVID-19 ET PAIEMENT

- EPISODE 3 -

MIEUX ENCADRER L'AVENIR

La période extrêmement difficile que les entreprises traversent nous fait réaliser, plus encore qu'hier, à quel point le monde qui nous entoure, et les événements susceptibles de s'y produire, sont sources d'aléa et d'insécurité. Cette même période doit pourtant être l'occasion, pour chaque cocontractant, de se doter des différents outils juridiques à leur disposition, leur permettant d'encadrer davantage, pour l'avenir, les bouleversements auxquels leur activité peut être confrontée.

Cet ultime épisode est ainsi l'occasion de nous pencher sur certaines des principales clauses pouvant être insérées au sein de vos contrats à cette fin, et sur la nécessité de bien appréhender leur rédaction, afin de ne pas voir à terme vos efforts d'anticipation annihilés, à raison d'une clause jugée inapplicable par le Tribunal qui en serait saisi.

LES PRINCIPALES CLAUSES PERMETTANT D'ENCADRER DAVANTAGE L'IMPREVISIBLE ET LE CHANGEMENT

◆ LES CLAUSES DE FORCE MAJEURE

Le premier réflexe, en cette période de pandémie, est évidemment de vérifier si vos contrats (contrats particuliers, contrats cadres, CGV, devis etc) sont, ou non, dotés de clauses relatives à la Force Majeure, Force Majeure constituée, selon l'article 1218 du Code civil, :« *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.* »

La formulation permet à elle seule de saisir l'aléa et la subjectivité qui peuvent régir la matière. Plus encore, en cas de conflit, **seul le Juge sera amené à trancher la question de savoir si votre situation a effectivement été affectée par un cas de force majeure justifiant de votre inexécution**, son appréciation variant en fonction de votre activité particulière, de votre mode de fonctionnement, de la date de souscription de vos engagements, de celle de leur inexécution, etc.

Tenter d'anticiper l'avenir au sein de vos contrats, et de prévoir toutes les difficultés auxquelles vous pourriez être confronté, **vous permettra donc, en cas de conflit, de limiter le pouvoir d'appréciation du Juge tenu lui-même de respecter la lettre de votre contrat, pour autant que votre clause soit valable et équilibrée.**

Il vous est ainsi possible d'insérer ou d'intensifier en vos contrats les clauses de Force Majeure, au sein desquelles :

- **vous pouvez par avance identifier ce que vous considérez être au regard de votre activité un cas de force majeure** et insérer une liste non exhaustive de circonstances vous permettant de suspendre l'exécution de vos engagements, ou d'y renoncer définitivement, sans que l'on puisse vous en faire grief. Ainsi, il n'est pas absurde d'y mentionner l'exemple d'une pandémie, affectant votre activité, ou la zone géographique (proche ou non) au sein de laquelle elle se déploie, ainsi que les mesures administratives décidées dans ce cadre, restreignant vos capacités productives etc.
- Vous pourrez également y **moduler les conséquences** légales de la survenance d'un cas de Force Majeure : prévoir non pas la résiliation de votre contrat ou sa suspension, mais l'obligation immédiate d'en renégocier les termes, ainsi que de définir les conditions de cette négociation.

Pour en savoir plus : www.stasassociés.com



- Il vous est également possible d'y encadrer **les paiements dus** pour ce qui est des prestations réalisées avant la survenance du cas de Force Majeure.
- Enfin, les conditions de **notification relatives à la survenance** du cas de Force Majeure peuvent être circonscrites. (forme, délai, conséquence du non-respect etc).

◆ **LES CLAUSES RELATIVES A LA RENEGOCIATION DE VOS OBLIGATIONS EN CAS DE SURVENANCE D'UN BOULEVERSEMENT ECONOMIQUE**

Par ailleurs, et au-delà de la survenance d'un cas de force majeure rendant impossible l'exécution de vos obligations, celles-ci, **sans être totalement irréalisables**, peuvent être rendues, en conséquence d'un événement soudain, (tel une pandémie), **particulièrement onéreuses**, rendant indispensable une renégociation rapide, ou une modification automatique des conditions de prix ou d'exécution.

○ **Les clauses de renégociation liée à l'imprévision :**

Nous l'avons vu en notre deuxième synthèse, pour les contrats conclus ou renouvelés depuis le 1^{er} octobre 2016 (date d'entrée en vigueur de l'Ordonnance du 10 février 2016) il vous est possible d'invoquer le nouvel article 1195 du Code Civil lequel 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. À 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* ».

Par le passé ce type de mécanisme était déjà envisagé au sein de certains contrats aux termes de clauses qualifiées de « hardship » mais elles n'étaient pas encadrées légalement.

C'est la **loi qui autorise dorénavant le Juge à s'immiscer dans la relation contractuelle et à réviser lui-même le contrat ou à le résilier**, si les parties ne parviennent pas à un accord dans le cadre de leurs renégociations conséquences d'un changement de circonstances imprévisible.

Cependant et, afin d'éviter que le juge ne se substitue à vous ou à votre cocontractant pour fixer le contenu de votre contrat modifié, il est possible de prévoir différentes clauses relatives à la renégociation permettant d'en déterminer vous-même les conditions.

Au sein de ces clauses, vous pourrez, notamment :

- **Exclure toute faculté de renégociation** même en cas de circonstances imprévisibles. En effet, l'article 1195 du Code Civil n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent par avance écarter la possibilité de l'invoquer,
- Prévoir que l'une des deux parties **accepte par avance d'assumer le risque** d'un événement imprévisible, qu'il conviendra de définir clairement,
- Désigner **quel tiers extérieur** pourrait être amené, en cas de désaccord, à dire si, oui, ou non, l'évènement invoqué correspond bien à un cas de « changement de circonstances imprévisibles », les conditions de sa saisine, la prise en charge du coût de son intervention, les délais de celle-ci, pouvant être par avance définis, etc,
- Définir avec précision le ou les évènement(s) qui, pour chaque cocontractant, peut être considéré par avance comme **un cas de changement de circonstances imprévisibles** : augmentation d'un pourcentage du prix des matières premières, des éléments composant le prix de la prestation ou de la marchandise, etc



- Définir **les modalités de la renégociation** : conditions de mise en œuvre, maintien ou suspension de l'exécution des engagements pendant le cours de la négociation, délais, etc,
- Définir **les conséquences de l'échec de la renégociation** : maintien du contrat, modification de sa durée, résiliation, suspension, recours à un tiers départiteur en cas de désaccord, etc

Il est à noter que si ces clauses de renégociation (et, en leur absence la loi) imposent aux parties de renégocier, (de telle sorte que ces mêmes parties commettraient une faute si elles ne s'y essayaient pas), en revanche évidemment elles ne leur imposent pas de parvenir à un accord.

- Les clauses d'interruption ou d'arrêt d'opérations financières en cours

A noter, la possibilité d'insérer au sein de contrats notamment d'acquisition, de fusion ou de financement, mais également de contrats commerciaux **des clauses dites « MAC »** (« *Material Adverse Change* ») qui permettent d'aménager les conséquences de la survenance d'évènements de nature à affecter l'économie d'une opération envisagée. Elles permettent, pendant une période intermédiaire s'écoulant entre la signature du contrat et la réalisation des opérations, de prévoir, en cas de survenance d'un tel évènement, soit de renégocier le contrat, soit de le suspendre, soit d'en sortir.

- Les clauses d'indexation automatique

Si une fois que vos accords sont conclus, vous êtes tenus d'en respecter la lettre et l'esprit, en revanche, il vous est tout à fait loisible d'essayer d'anticiper des difficultés relatives aux variations du prix à l'aide de clauses d'indexation fondées sur un indice particulier. Ces clauses peuvent notamment prévoir une augmentation à la hausse ou à la baisse et fixer un plafond ou un plancher de variation.

Attention, l'article L 112-2 du code monétaire et financiers prévoit que sont interdites les indexations fondées sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet de la convention ou l'activité de l'une des parties. Il convient donc de retenir un indice officiel ayant un lien direct avec le contrat, et prévoir la périodicité de variation.

Vous l'aurez compris au regard de la période actuelle, ces clauses présentent un réel intérêt, vous préservant d'un aléa judiciaire trop conséquent. Cependant, il vous faudra à terme consacrer **une vigilance réelle à leur rédaction** au regard de l'ensemble des obligations décrites au sein de vos contrats.

En effet, une clause qui déséquilibrerait de manière excessive votre relation avec vos cocontractants, ou viderait de toute réelle substance vos engagements, pourrait justifier que son application soit écartée par le juge, ou que vous soyez condamné à indemniser vos cocontractants de la mise en jeu d'une clause **dont vous n'auriez pas, à l'aide de professionnels, mesurer la viabilité...**

ATTENTION A NE PAS IMPROVISER LA REDACTION DE CES CLAUSES

Attention : Si vos clauses sont mal conçues et/ou rédigées, le Juge pourra considérer qu'elles n'auraient pas dû s'appliquer et vous condamner à indemniser l'autre partie des conséquences préjudiciables que vous lui avez fait subir en les actionnant, les Tribunaux s'autorisant même désormais à analyser la question de l'équilibre tarifaire. Penchons-nous rapidement sur ces écueils

- ◆ **ATTENTION A NE PAS VIDER DE LEUR SUBSTANCE VOS ENGAGEMENTS**

Un premier principal fondamental de réflexion et de rédaction est de bien mesurer l'ampleur de vos engagements et de savoir « doser » votre protection.

En effet, **l'article 1170 du Code Civil répute non écrite toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle de celui qui l'invoque**. A titre d'exemple, une clause de force majeure qui permettrait à un

Pour en savoir plus : www.stasassocies.com



cocontractant de s'abriter systématiquement derrière un événement certes imprévisible mais qui ne l'empêcherait pas, à titre personnel, de réaliser ses prestations, sera, en cas de conflit, écartée par le Juge, et celui l'ayant invoqué à tort possiblement condamné à indemniser son cocontractant.

◆ **ATTENTION A CE QUE VOS CLAUSES NE DESEQUILIBRENT PAS VOS DROITS ET OBLIGATIONS A L'EGARD DE VOS COCONTRACTANTS**

Enfin, mais cette nouvelle notion mériterait à elle seule une thèse de plusieurs tomes, **le législateur est venu sanctionner les professionnels qui soumettraient leurs partenaires à des « obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. »**

Cette notion, que l'on pourrait qualifier de particulièrement floue, a été au contraire considérée le 13 janvier 2011 par le Conseil Constitutionnel (*décision n°2010-85 – Etablissements Darty & Fils*) comme suffisamment précise, car s'inspirant notamment de la notion de clauses abusives bien connue en droit de la consommation.

Quoiqu'il en soit de cette appréciation, la notion de « déséquilibre significatif » est appréhendée par deux textes : l'article L 442-1 du Code de Commerce et l'article 1171 du Code Civil, les deux dispositions coexistant désormais, mais ne visant pas exactement les mêmes cas de figure.

Ainsi l'article 1171 du Code Civil pourra sanctionner toute clause déséquilibrée présente au sein d'un contrat dit d'adhésion, ce contrat se définissant comme « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties » (article 1110 du même Code), conclu entre professionnels que ceux-ci soient ou non commerçants, (le Code de la consommation régissant les clauses abusives concernant les consommateurs.) L'article L 442-1 du Code de Commerce vise pour sa part toute personne exerçant une activité de production, de distribution et de services et ne vise pas spécifiquement les contrats d'adhésion.

Sur la base de ces deux articles, dont il n'est pas interdit de penser qu'ils peuvent pour certains aspects se cumuler, **votre cocontractant qui considérerait, au regard de l'ensemble de vos relations contractuelles que vos clauses le désavantageraient de manière excessive, pourrait saisir le Juge afin d'une part de voir écarter l'application de la clause concernée, mais également de vous condamner à l'indemniser du préjudice que vous lui auriez causé en l'actionnant.** A noter que le Ministre de l'Economie est également habilité à saisir la Justice contre tout commerçant qui ne respecterait pas l'article L 442-1 du Code de Commerce, les sanctions pouvant alors être très lourdes.

Le Juge vérifiera alors si la clause querellée crée effectivement un déséquilibre entre les parties, et ce, non pas au regard de cette seule clause, mais au regard de l'ensemble des engagements visés dans votre contrat. Ainsi, **une clause désavantageuse en soi pour votre cocontractant peut se rééquilibrer par une autre clause qui vous serait peu favorable.**

C'est ainsi la relation contractuelle dans sa globalité qui pourra être analysée par le Tribunal, de telle sorte encore une fois, que si les clauses liées à l'imprévision, à la force majeure, ou au bouleversement économique, peuvent s'avérer extraordinairement utiles, leur conception et leur rédaction doivent être mises en œuvre avec de réelles précautions.

Elles doivent l'être d'autant plus que le Juge s'autorise désormais, en matière commerciale, à se pencher sur la question de **la validité du prix négocié entre les parties**, le Conseil Constitutionnel ayant admis la régularité de ce contrôle en considérant qu'il appartient au Juge « de s'assurer de l'absence d'abus caractérisé de l'un des opérateurs, qui aurait profité de sa position pour imposer « son prix » sans réelle négociation ou contrepartie » (Décision du 30 novembre 2018 -2018-749 – Carrefour)

Vous l'aurez compris, cette ultime notion justifierait pleinement une analyse (voire une critique) autrement plus approfondie, tant la notion est complexe et périlleuse à manier.

Pour en savoir plus : www.stasassocies.com



STAS & ASSOCIÉS
AVOCATS

Paris, le 8 mai 2020

Retenons en toute hypothèse une évidence de cet ultime épisode et plus encore de la période que nous traversons : si le pire n'est pas toujours certain, il est toujours possible. Essayons donc pour l'avenir de l'anticiper, en nous dotant des outils juridiques nécessaires à notre protection et à celle de nos activités.

Notre Pôle « Contentieux des Affaires » est, en cette période également, à votre disposition pour évoquer ces questions.

Virginie Meyrier
Avocat Counsel

Renaud Semerdjian
Avocat Associé