



Une entreprise peut-elle tirer parti de la crise sanitaire pour suspendre le paiement de ses factures ?

(Mise à jour de l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 et sa Circulaire de présentation du 17 avril 2020 et de l'ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020)

Il n'est pas un secteur épargné par la crise sanitaire due à l'épidémie du COVID-19. Les contrats en cours durant la période d'état d'urgence sanitaire (soit actuellement du 24 mars au 24 mai 2020) sont donc nécessairement affectés par les conséquences de la propagation du virus.

Le ministre de l'économie a déclaré publiquement le 28 février " *L'Etat considère le coronavirus comme un cas de force majeure pour les entreprises. Ce qui veut dire que pour tous les marchés publics de l'Etat, si jamais il y a un retard de livraison de la part des PME ou des entreprises, nous n'appliquerons pas de pénalités, car nous considérons le coronavirus comme un cas de force majeure* ".

Quid des contrats entre personnes privées ? Cette situation permet-elle réellement, juridiquement à toutes les entreprises de justifier la suspension, voire de s'exonérer du paiement de leurs factures pendant cette période ? La réponse doit être nuancée, en effet si la suspension peut être envisagée, ce n'est que dans des cas bien précis... En tout état de cause une exonération du paiement n'est jamais envisageable.

La réponse à cette question est à rechercher en premier lieu dans les ordonnances visant à régler la période de crise sanitaire. En l'absence de dispositions spécifiques et dans un second temps, les mécanismes de droit commun des contrats peuvent également être mobilisés.

I. Les dispositions spéciales des ordonnances du 25 mars 2020

A. Les aménagements prévus par l'ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020

Cette première ordonnance concerne deux types de cocontractants habituels des entreprises à savoir, les fournisseurs d'énergie et les bailleurs commerciaux. Seuls les premiers sont tenus d'accorder un report des échéances, les seconds perdent simplement la possibilité de sanctionner de façon immédiate leurs débiteurs pour défaut de paiement.

- Les fournisseurs d'eau et d'énergie

Les fournisseurs d'électricité, de gaz et d'eau ne peuvent suspendre, réduire ou interrompre la fourniture de ces services aux entreprises bénéficiant du fonds de solidarité. Ils sont tenus de leur accorder " *... le report des échéances de paiement des factures exigibles entre le 12 mars 2020 et la date de cessation de l'état*

d'urgence sanitaire.... ". L'ordonnance précise que ce report ne peut donner lieu à aucune pénalité financière, frais ou indemnités.

Le texte prévoit donc un report des dettes pendant cette période et non une exonération. Les entreprises seront bel et bien tenues de payer pour ce service mais, à leur demande, le paiement pourra être reporté "*...de manière égale sur les échéances de facture postérieures au dernier jour du mois suivant la date de fin de l'état d'urgence sanitaire, et sur une durée ne pouvant être inférieure à 6 mois...* "

- Les bailleurs commerciaux et professionnels

L'ordonnance dispose que les entreprises bénéficiant du fonds de solidarité ne peuvent encourir "*...de pénalités financières ou intérêts de retard, de dommages-intérêts, d'astreinte, d'exécution de clause résolutoire, de clause pénale, ou de toute autre clause prévoyant une déchéance ou l'activation des garanties ou cautions en raison du défaut de paiement de loyers ou de charges locatives afférents à leurs locaux professionnelles et commerciaux, nonobstant toute stipulation contractuelle ...*".

Ce texte élimine toute sanction contractuelle en cas de non-paiement entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai de deux mois suivant la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire. Seuls des intérêts légaux très faibles pourraient être dus en cas de retard après mise en demeure de payer. **Ce faisant, l'ordonnance ne délivre pas les entreprises de l'obligation de régler charges et loyers commerciaux pendant la crise. De plus, elle se limite aux petites entreprises, indépendants et professions libérales.**

- B. Les aménagements de l'ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020** (modifiée par les ordonnances n° 2020-427 du 15 avril 2020 et n° 2020-560 du 13 mai 2020)

Ce texte, modifié par les ordonnances n° 2020-427 du 15 avril 2020 et n° 2020-560 du 13 mai 2020, s'applique à tout type de contrat (Cf, notre article sur l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 pour plus de précisions).

Il prévoit tout d'abord que les clauses et astreintes stipulées qui sanctionnent l'inexécution d'une obligation échue pendant la période juridiquement protégée (c'est-à-dire entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus), prendront leur cours ou leur effet à une date reportée. Ce report est égal à la durée séparant le début de la période d'état d'urgence sanitaire (12 mars 2020) et le point de départ initial de la sanction (cf. article 4 2°alinéa nouveau du texte modifié : *entre, d'une part, le 12 mars 2020 ou, si elle est plus tardive, la date à laquelle l'obligation est née et, d'autre part, la date à laquelle elle aurait dû être exécutée.*)

Le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance 2020-427 apporte une illustration salutaire de cette disposition :

" Par exemple, si une échéance était attendue le 20 mars 2020, c'est-à-dire huit jours après le début de la période juridiquement protégée, la clause pénale sanctionnant le non-respect de cette échéance ne produira son effet, si l'obligation n'est toujours pas exécutée, que huit jours après la fin de la période juridiquement protégée.

De même, si une clause résolutoire, résultant d'une obligation née le 1er avril devait prendre effet, en cas d'inexécution, le 15 avril, ce délai de 15 jours sera reporté à la fin de la période juridiquement protégée pour que le débiteur puisse encore valablement s'acquitter de son obligation avant que la clause résolutoire ne prenne effet. "

La Circulaire du 17 avril 2020 prévoit des exemples plus précis :

"Un contrat conclu le 1^{er} février 2020 devait être exécuté le 20 mars 2020, une clause résolutoire étant stipulée en cas d'inexécution à cette date. Le débiteur n'exécute pas le contrat à la date prévue.

=> En vertu du dispositif mis en place par l'ordonnance, les effets de la clause seront reportés d'une durée égale au temps écoulé entre le 12 et le 20 mars, ce report courant à compter de la fin de la période juridiquement protégée.

[NB Suite à l'ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020, la fin de la période juridiquement protégée est le 23 juin de sorte que la clause résolutoire dans l'exemple prendrait effet le 2 juillet (fin de la période juridiquement protégée + 8 jours)]

Un contrat conclu le 15 mars 2020 devait être exécuté avant le 1^{er} mai 2020, une clause pénale prévoyant une sanction de 100 euros par jour de retard. Le débiteur n'exécute pas le contrat à la date prévue.

=> En vertu du dispositif mis en place par l'ordonnance, les effets de la clause seront reportés d'une durée égale au temps écoulé entre le 15 mars et le 1^{er} mai, ce report courant à compter de la fin de la période juridiquement protégée.

[NB Suite à l'ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020, la fin de la période juridiquement protégée est le 23 juin de sorte que la clause pénale commèrerait à courir le 8 août (fin de la période juridiquement protégée + 1 mois + 16 jours)]

Ensuite, l'ordonnance prévoit un dispositif de report du cours des astreintes et de la prise d'effet des clauses pénales, résolutoires et de déchéance, lorsque celles-ci sanctionnent l'inexécution d'une obligation, autre que de somme d'argent, prévue à une date postérieure à la période juridiquement protégée. En effet, selon le Rapport au Président de la République, " même après l'expiration de cette période, certains débiteurs d'une obligation de faire se trouveront, du fait des difficultés imposées par le confinement, dans l'impossibilité de respecter les échéances auxquelles ils sont engagés. "

Ce report sera calculé de la même manière, « après la fin de la période juridiquement protégée, en fonction de la durée d'exécution du contrat qui a été impactée par les contraintes du confinement. »

Exemple tiré du Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance 2020-427 :

"Par exemple, si un contrat de travaux antérieur au 12 mars 2020 prévoit la livraison du bâtiment à une date qui échoit après la fin de la période juridiquement protégée, la clause pénale sanctionnant l'éventuelle inexécution de cette obligation ne prendra effet qu'à une date reportée d'une durée égale à la durée de la période juridiquement protégée. »

Enfin, quant aux astreintes qui auraient commencé à courir avant la propagation du virus, leurs effets sont suspendus durant l'état d'urgence sanitaire plus un mois.

Exemple tiré de la circulaire d'application de l'ordonnance 2020-306 JUSC 2008608C du 26 mars 2020 :

" Un contrat devait être exécuté le 1er mars 2020 ; une clause pénale prévoit une sanction de 100 € par jour de retard. Le débiteur n'ayant pas achevé l'exécution à la date prévue, la clause pénale a commencé à produire ses effets le 2 mars 2020.

→Son cours est suspendu depuis le 12 mars et jusqu'au 23 juin 2020 inclus. Elle recommencera à produire son effet le lendemain si le débiteur ne s'est toujours pas exécuté. "

Le Rapport précise que " Les parties au contrat restent libres d'écarter l'application de cet article par des clauses expressees, notamment si elles décident de prendre en compte différemment l'impact de la crise sanitaire sur les conditions d'exécution du contrat. Elles peuvent également décider de renoncer à se prévaloir des dispositions de cet article. "

A la lecture de cet article, la suppression temporaire des sanctions de l'inexécution ne signifie pas que les entreprises sont libérées de leur obligation.

A la lecture de ces seuls textes, le pouvoir exécutif n'a pas entendu exonérer totalement les entreprises du respect de leurs obligations contractuelles, tout au plus a-t-il simplement reporté le paiement dans certains cas. La crise sanitaire n'a donc pas d'incidence sur les échéances contractuelles qui doivent être respectées. Néanmoins la circulaire précitée du 26 mars 2020 précise que les dispositions de droit commun des contrats restent applicables le cas échéant, si leurs conditions d'application sont réunies (et sous réserve de l'appréciation du juge a posteriori). C'est le cas, notamment des fameuses notions de force majeure et d'imprévision.

Autres modifications apportées à l'ordonnance n°2020-306 :

L'article 2 prévoyant la suspension de nombreux délais imposés à peine de sanction est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Le présent article n'est pas applicable aux délais de réflexion, de rétractation ou de renonciation prévus par la loi ou le règlement, ni aux délais prévus pour le remboursement de sommes d'argent en cas d'exercice de ces droits. »

Cette modification de l'article 2 a un caractère interprétatif.

Le dernier alinéa de l'article 3 prévoyant une prorogation d'un certain nombre de mesures administratives ou juridictionnelles est remplacé par un alinéa ainsi rédigé :

« Les dispositions du présent article ne font pas obstacle à l'exercice, par le juge ou l'autorité compétente, de ses compétences pour modifier ces mesures ou y mettre fin, ou, lorsque les intérêts dont il a la charge le justifient, pour prescrire leur application ou en ordonner de nouvelles en fixant un délai qu'il détermine. Dans tous les cas, le juge ou l'autorité compétente tient compte, dans la détermination des prescriptions ou des délais à respecter, des contraintes liées à l'état d'urgence sanitaire. »

II. Les solutions du droit commun des contrats

Ces solutions sont envisageables pour tout type de contrat et ont des conditions et des effets différents. Certains moyens peuvent permettre la suspension de l'obligation, d'autres la modification et l'adaptation du contrat aux nouvelles contraintes.

Avant tout, il convient de faire une lecture précise des clauses du contrat, notamment de celles concernant les obligations dont le respect peut être affecté par la crise sanitaire, telles que les délais à respecter ainsi naturellement que les clauses de sanctions de toute nature du non-respect des obligations, clauses d'indemnités, de pénalités, de déchéance, d'intérêts, de résolution ou résiliation, etc. de même enfin que les clauses prenant en compte, définissant ou excluant l'application des notions de force majeure, imprévision, etc.

A. Les moyens de suspension de l'obligation

- La force majeure

Le ministre de l'économie et des finances Bruno Lemaire a annoncé publiquement le 28 février dernier que l'épidémie de coronavirus devait être considéré comme " *un cas de force majeure pour les entreprises* " a pu laisser penser à ces dernières qu'elles pourraient être libérées de toutes leurs obligations en invoquant ce moyen.

Pour autant, l'expression de cette opinion n'a pas force de loi et doit être prise avec précautions. En effet, la Cour de cassation considère que la survenance d'une grave maladie affectant l'un des cocontractants n'est pas, en soi, un cas de force majeure (Cass. 3e civ. 22-1-2014 no 12-28.246 F-PB : Bull. civ. III no 6). La jurisprudence française s'est toujours montrée réticente à reconnaître la force majeure dans le cas d'épidémies (certes, de moindre ampleur que celle que nous vivons actuellement).

En effet, la Cour d'appel de Paris le 25 octobre 1998 (n° Juris Data : 1998-024244°) refusait déjà de qualifier le bacille de la peste comme cas de force majeure.

La Cour d'Appel de Besançon le 8 janvier 2014 (n° 12/02291) a adopté la même solution lors de l'épidémie grippe H1N1.

La Cour d'appel de Nancy le 22 novembre 2010 (n°09/00003) a également refusé de caractériser un cas de force majeure en retenant que l'épidémie de dengue était récurrente et donc prévisible.

La Cour d'Appel de Basse Terre le 17 décembre 2018 (n° 17/00739) dans une affaire relative au chikungunya a fait de même, estimant que la maladie n'était pas irrésistible puisqu'elle peut être soulagée par des antalgiques et qu'elle est généralement surmontable (ce qui n'est pas le cas du COVID-19 qui peut être létal et ne connaît pas de traitement efficace pour le moment !)

La Cour de cassation a même considéré qu'un arrêté de catastrophe naturelle ne lie pas le juge pour caractériser un cas de force majeure (Cass. civ. 3e, 10 déc. 2014, n° 12-26.361).

En revanche la Cour d'appel de Colmar le 12 mars 2020 (n°20/01098), hors contexte contractuel, a jugé le risque de contagion au COVID-19 comme cas de force majeure. En effet, le fait qu'une personne ait été en contact avec des personnels susceptibles d'être infectés par le virus, conjugué à l'impossibilité d'escorter la personne ou de l'entendre en visio-conférence dans le délai imparti, constitue une circonstance exceptionnelle revêtant le caractère irrésistible de la force majeure qui justifie son absence à l'audience.

La notion légale de force majeure répond traditionnellement à des conditions d'application strictes, réunissant l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et l'extériorité aux parties. L'article 1218 nouveau du Code civil définit désormais la force majeure comme **" 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. "**

Seule la réunion de ces conditions cumulatives peut permettre à une entreprise de se défaire de son obligation et donc d'échapper à toute responsabilité pour inexécution. L'importance de l'enjeu nécessite de reprendre chaque élément un par un.

Tout d'abord, l'évènement doit échapper au contrôle de celui qui l'invoque. S'agissant d'une maladie, qui plus est une épidémie mondiale, la condition d'extériorité ne fait ici aucun doute.

La question de l'imprévisibilité du virus est à apprécier au moment de la conclusion du contrat. Pour le juge chargé du contrôle a posteriori des conditions, tout est donc une question de date. En 2019 et en France, il est certain qu'une telle épidémie était imprévisible ; en revanche une fois le virus apparu en Chine, puis en Europe le juge pourrait considérer qu'une telle situation n'était plus imprévisible. Le juge français pourrait ainsi (sans y être tenu) choisir comme date pivot celle du 30 janvier 2020 à laquelle l'OMS a défini l'épidémie comme « *une urgence de santé publique de portée internationale* » ...

La condition d'irrésistibilité de l'épidémie suppose que ses effets ne peuvent être évités par des moyens appropriés.

L'épidémie doit rendre l'exécution de son obligation impossible et non simplement plus difficile. Les entreprises qui voudraient se saisir de ce moyen pour se décharger de leurs obligations contractuelles devront prouver qu'elles se trouvent dans l'impossibilité de payer du fait de l'impact de l'épidémie sur les résultats d'exploitation (Cour d'appel de Toulouse, 3 octobre 2019 n°19/01570).

Par exemple, avec le COVID-19 et l'interdiction d'ouverture qui a été imposée à certains commerces, une entreprise pourrait envisager d'invoquer la force majeure pour être libérée de son obligation de payer un loyer dans le cadre d'un bail commercial en justifiant d'une baisse de chiffre d'affaires due à la crise sanitaire rendant impossible le paiement. Mais la preuve de cette impossibilité pourra représenter une difficulté importante. En effet la Cour de cassation est réticente à reconnaître une impossibilité d'exécution dans le cas d'une obligation monétaire, telle que le paiement d'un loyer par exemple (Cass. com. 16-9-2014 n°13-20.306). En effet l'argent étant une chose fongible elle peut toujours être remplacée de sorte que l'exécution de l'obligation de paiement n'est rendue que plus difficile, et non totalement impossible. Dans notre exemple, si la fermeture du commerce a été imposée par le gouvernement, il est préférable de recourir au mécanisme de l'exception d'inexécution développé ci-dessous.

Dans le cas de la réception d'un commandement de payer visant la clause d'un bail commercial, par exemple, il faudra agir avec prudence et demander au juge l'échelonnement et/ou report de la dette.

Sous ces réserves, si l'ensemble des conditions développées sont remplies, les entreprises touchées pourront justifier auprès de leur cocontractant la suspension de leur obligation pendant la durée de l'empêchement, " à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat " pour l'avenir. Attention toutefois, en cas d'impossibilité partielle d'exécution, le débiteur ne sera libéré qu'à proportion de cet empêchement.

En pratique l'entreprise visée devra notifier au plus tôt la suspension de son obligation à son cocontractant en justifiant des conditions ci-dessus détaillées et suivre, le cas échéant, la procédure prévue au contrat en cas de force majeure.

- L'exception d'inexécution avérée ou future

D'après l'article 1219 du Code civil, **une entreprise peut suspendre l'exécution de son obligation lorsque son cocontractant n'exécute pas la sienne conformément aux stipulations du contrat** (par exemple hors délais). Mieux, pour les contrats conclus depuis le 1^{er} octobre 2016, une entreprise peut légitimement suspendre l'exécution de son obligation de manière préventive s'il est « *manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance* » (article 1220 du Code civil).

Attention toutefois, une inexécution partielle et minime du cocontractant ne justifie pas une inexécution totale de ses obligations par l'autre partie. Cet argument ne peut être invoqué que si les conséquences de l'inexécution par le cocontractant sont suffisamment graves.

En pratique cet argument peut être utilisé dans le cadre des contrats de prestations de services pour lesquels le prix est versé en échange de la prestation. Si le fournisseur ne s'exécute pas, la raison de l'autre partie pour tenir son engagement de payer le prix disparaît sans qu'une mise en demeure soit nécessaire.

Cet argument peut être utile aux preneurs de baux commerciaux cherchant à suspendre le paiement de leurs loyers. En effet, le bailleur est tenu à une obligation de délivrance du local commercial. Or la fermeture forcée de certains commerces par le gouvernement entraîne une inexécution, certes non fautive, de cette obligation du bailleur. Par conséquent, le preneur pourrait à son tour suspendre son exécution, à savoir le paiement du loyer.

La notification de la suspension d'exécution est exigée par l'article 1220 du code civil dans le cas où l'entreprise anticipe l'inexécution de son cocontractant, et ce dans les meilleurs délais.

Au-delà de la possibilité efficace mais restreinte de suspendre son obligation, les entreprises doivent envisager la renégociation des leurs obligations.

B. Les moyens de renégocier les obligations

- La renégociation pour changement exceptionnel de circonstances

Le code civil prend désormais en compte dans une certaine mesure la notion d'imprévision. Pour tous les contrats conclus depuis le 1^{er} octobre 2016, l'article 1195 du code civil prévoit un mécanisme graduel d'adaptation du contrat à une circonstance exceptionnelle imprévue à la conclusion, lorsque son exécution devient "*excessivement onéreuse*" et que le risque de la survenance d'une telle circonstance n'a pas été accepté au moment de la conclusion du contrat.

S'agissant de l'imprévisibilité de l'épidémie au moment de la conclusion du contrat, les éléments développés au sujet de la force majeure sont ici applicables.

A la différence de la notion de force majeure, une renégociation des modalités du contrat pourra être envisagée lorsque l'exécution de celui-ci devient particulièrement onéreuse pour une partie, (et non plus impossible).

Selon les Editions Francis Lefebvre " *l'augmentation de certains coûts de production et l'inflation du prix de certains produits ou services nécessaires à l'exécution de cette obligation contractuelle ne devraient pas suffire à caractériser en toutes circonstances le caractère excessivement onéreux de cette exécution.* " En revanche " *l'imprévision pourrait être retenue si les structures de coûts sont amenées à évoluer de manière importante (nouvelles chaînes d'approvisionnement / transition digitale nécessaire / utilisation de produits de substitution / nouvelles méthodes de livraisons etc...)* " (cf. " *COVID-19 : l'imprévision comme outil de renégociation contractuelle pour les entreprises ? Du 26/03/2020* ").

En pratique l'entreprise en difficultés financières du fait de ces événements imprévus pourra donc justifier de cette situation pour demander une renégociation à son cocontractant.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent choisir de résoudre le contrat ou de saisir le juge pour qu'il l'adapte. Enfin, à défaut d'accord des parties pour saisir le juge, une partie peut le faire de sa seule initiative et le juge pourra résoudre ou modifier le contrat.

Il convient de noter que cette possibilité ne permet pas de suspendre l'exécution des obligations contractuelles en absence de l'accord des parties ou une décision judiciaire.

Pour les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, la situation est plus complexe encore, et il faudra se référer aux éventuelles dispositions de la clause de renégociation figurant au contrat visé, si tant est qu'elle existe.

- La renégociation par le mandat ad hoc et la conciliation

Les entreprises rencontrant une difficulté financière du fait de la crise sanitaire peuvent également demander au tribunal de commerce la désignation selon le cas d'un conciliateur ou mandataire ad hoc dont la mission sera de " *favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise* " (article L 611-7 du Code de commerce).

Concrètement **cette procédure amiable peut permettre la mise en place de rééchelonnement des paiements voire éventuellement de remises de dettes avec prise de garanties.** Elle nécessite toutefois le recours à un juge pour désigner un mandataire et les créanciers de l'entreprises invités à négocier ne sont pas tenus d'accorder délais et remise de dette.

Pour conclure :

Le report des échéances des fournisseurs d'eau et d'énergie mis de côté, il ne faut pas s'y tromper. Au-delà des annonces faites, et mis à part le bénéfice d'une suspension des sanctions contractuelles en cas de non-paiement pendant la période de crise sanitaire, les mesures adoptées ne constituent pas une protection absolue des entreprises défaillantes en cette période de crise sanitaire, qu'elles évoquent d'ailleurs celle-ci de bonne ou de mauvaise foi.

Les hypothèses de suspension ou de report du paiement des factures existent mais sont rares. Les entreprises auront tout intérêt à privilégier la voie de la négociation pour trouver remède à leurs difficultés d'exécution auprès de leurs cocontractants. Ce n'est qu'en désespoir de cause que la voie de la justice devra être envisagée, de façon très argumentée, et après avoir épuisé toutes démarches amiables.