



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

LEÇONS DE LA PANDEMIE DE COVID-19 : LA SYSTEMATISATION DES CLAUSES DE FORCE MAJEURE ET D'ASSURANCE PERTE D'EXPLOITATION ?

HUGUES KENFACK

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

1. Pour endiguer la pandémie de Covid-19, la plupart des États du monde ont adopté de nombreuses mesures ayant des effets sur les déplacements des personnes et la liberté du commerce et de l'industrie. Progressivement, le commerce reprend ses droits mais il faudra du temps pour que tout redevienne comme avant. En attendant, malgré les nombreuses aides accordées par les États, les difficultés financières se poursuivent et avec elles les batailles judiciaires. De nombreuses leçons doivent être tirées, économiquement comme juridiquement (1). Au centre de ces leçons se trouve le contrat interne ou international, et plus particulièrement deux clauses qui n'y ont pas toujours été insérées. Elles sont relatives à la force majeure (I) et à l'assurance perte d'exploitation (II).

I - La clause relative à la force majeure

2. Même si la notion est internationalement connue, il n'y a pas une seule et unique définition juridique de la force majeure. La tentative d'unification la plus aboutie est celle de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (art. 79) (2). Il existe des divergences dans les droits nationaux sur la caractérisation de cette notion et sur ses effets. Dans les pays de *Common law*, par exemple, et plus spécialement pour les contrats régis par la *Common Law*, la clause de force majeure est fréquente. Ce sont les stipulations contractuelles qui déterminent la force majeure. En l'absence d'une telle clause, *a priori*, et sauf rare possibilité de recourir à la doctrine de la *frustration*, les parties à un contrat régi par la *Common Law* ne peuvent invoquer la force majeure (3). Dans les pays de droit civil, comme la France, les pays de la zone OHADA, pour les contrats régis par le droit civil, il y a généralement une définition légale ou jurisprudentielle de la force majeure. Par exemple, en droit français, d'après l'alinéa 1^{er} de l'article 1218 du code civil : « Il y a force majeure en matière contractuelle 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 jurisprudence vérifie si ces critères sont remplis et en tire des conséquences conformément à l'alinéa 2 du même article, d'après lequel : « Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 ». La caractérisation de la force majeure et ses conséquences dépendent donc largement de l'appréciation au cas par cas de la jurisprudence, ce qui peut entraîner une certaine insécurité. En France, un contentieux important va sans doute avoir lieu après la pandémie de Covid-19 et des mesures administratives adoptées pour l'endiguer. Ce couple peut-il être qualifié d'événement de force majeure (4) ?

3. Pour tenter d'éviter cette incertitude, les parties contractantes peuvent prévoir une clause de force majeure. Après la pandémie de Covid-19, cette clause va-t-elle devenir une clause courante dans les contrats d'affaires ? Elle l'était déjà dans certains contrats comme l'illustre l'affaire opposant Total Direct Énergie et EDF. Le contrat entre les deux parties contient la clause de force majeure suivante : « la force majeure désigne un événement extérieur, irrésistible et imprévisible rendant impossible l'exécution des obligations des parties dans des conditions économiques raisonnables ». Une autre clause prévoit la suspension de l'exécution du contrat en cas de survenance d'un tel événement de force majeure dans les termes suivants : « la suspension prend effet dès la survenance de l'événement de force majeure et entraîne de plein droit l'interruption de la cession annuelle d'électricité » ; « la partie souhaitant invoquer le bénéfice de la force majeure devra, dès connaissance de la survenance de l'événement de force majeure informer l'autre partie (...) par lettre recommandée avec accusé de réception, de l'apparition de cet événement (...). Les obligations des parties sont suspendues pendant la durée de l'événement de force majeure ». La validité de la clause de force majeure ne soulève aucune difficulté dans les contrats d'affaires en application du principe *pacta sunt servanda* et du

caractère supplétif des dispositions du droit commun des contrats par rapport à la volonté des parties.

4. L'importance de cette clause n'est plus à rappeler, dans les contrats internes et internationaux. Elle doit clairement indiquer plusieurs points (5). Le premier point concerne les événements pouvant être qualifiés de force majeure. Il conviendra de voir si le couple pandémie de Covid-19 et mesures adoptées correspond à la définition contractuelle. La pratique contractuelle montre que les épidémies, même lorsqu'elles sont couvertes par les clauses, ne sont pas toujours définies avec précision, ce qui peut soulever des difficultés d'interprétation. Convient-il de viser précisément les épidémies ou de laisser une définition plus générale ? Dans le premier cas, les parties adoptent une définition restrictive, alors que, dans le second, c'est une conception large, comme dans le contrat Total Direct Énergie/EDF. Le juge des référés se prononce en faveur de la qualification de l'épidémie en événement de force majeure au sens de la clause (6) et la cour d'appel confirme en relevant que, compte tenu de la définition contractuelle de la force majeure contenue dans le contrat, d'une acception plus large de la notion telle qu'elle est retenue en droit civil, l'existence d'un cas de force majeure constituée par la crise liée à l'épidémie du Covid-19 ne pouvait être écartée avec l'évidence requise en référé (7). Ces décisions montrent l'importance de bien caractériser la force majeure. La clause modèle CCI propose un compromis entre, d'une part, une définition générale avec des conditions qui doivent être remplies dans toutes les configurations et, d'autre part, une énumération d'événements présumés constituer des cas de force majeure. C'est le cas, par exemple, des épidémies qui sont dans la liste des cas présumés de force majeure. En ce qui concerne la définition générale, elle est plus large que celle du droit français, car elle suppose un événement indépendant d'un contrôle raisonnable, une situation raisonnablement imprévisible ou un empêchement raisonnablement insurmontable. L'utilisation du terme « raisonnable » a pour effet que la clause modèle CCI contient des conditions moins strictes qu'en droit français ou en droit allemand (8).

5. Le deuxième point est de préciser les exigences accompagnant le déclenchement. D'une part, il convient de préciser les conditions formelles de mise en oeuvre de la clause. Le contrat ci-dessus cité prévoit : « la partie souhaitant invoquer le bénéfice de la force majeure devra, dès connaissance de la survenance de l'événement de force majeure informer l'autre partie (...) par lettre recommandée avec accusé de réception, de l'apparition de cet événement (...) ». Le contrat modèle CCI prévoit l'obligation, pour la partie empêchée, de notifier à l'autre partie dans les meilleurs délais. Sans cette notification, elle perd le droit d'invoquer la force majeure. Le contrat peut même prévoir le délai dans lequel cette information doit être donnée. D'autre part, la clause doit indiquer si des preuves doivent être communiquées en même temps que cet avis et quels types de preuves sont admis.

6. Le troisième point est d'envisager les effets de la force majeure. Plusieurs possibilités d'aménagement de ses effets existent, soit en les aggravant, soit en les allégeant. D'une part, le contrat peut préciser la durée des effets de la force majeure. Le contrat Total Direct Énergie/EDF stipule la suspension des obligations des parties pendant le temps que dure la force majeure. Il est parfois possible que le contrat permette aux parties de convenir d'une date de reprise des obligations après l'événement qualifié de force majeure ou même d'une date de fin des effets de la force majeure. Dans les contrats de fourniture, par exemple, il est possible que la chaîne d'approvisionnement ait besoin de ressources pour fonctionner de nouveau et il faudra rattraper le retard. La partie qui n'a pas pu exécuter le contrat ne souhaite sans doute pas être actionnée en quasi permanence en raison du retard accumulé. D'autre part, il est important de préciser si les effets sont ou non automatiques ou s'ils doivent être précédés d'une négociation. Dans le contrat Total Direct Énergie/EDF, la question s'est posée de savoir si la clause permettait la suspension automatique du contrat pendant le confinement. Contrairement à EDF qui était contre un tel effet, la cour d'appel se prononce en ce sens, relevant que le contrat ne contenait que des affirmations : la partie souhaitant invoquer le bénéfice de la force majeure doit en « informer l'autre partie » ; les obligations des parties sont

suspendues pendant la durée de l'événement de force majeure ; la suspension « prend effet dès la survenance de l'événement (...) et entraîne de plein droit l'interruption de la cessation d'électricité ».

7. La quatrième précision concerne la stipulation d'une clause bilatérale, chaque partie pouvant se prévaloir de la force majeure. Cette précision doit être complétée par la possibilité de saisir le juge des référés pour la partie qui en conteste le bien-fondé et estime que l'événement n'est pas manifestement conforme à la définition de la force majeure contractuelle. Le contrat doit également envisager la possibilité de saisir le juge du fond en réparation d'un éventuel préjudice si une partie estime que la clause a été mise en oeuvre contrairement au contrat. La rédaction de la clause de force majeure doit dans tous les cas être minutieuse, tout comme la clause relative à l'assurance perte d'exploitation.

II - La clause relative à l'assurance perte d'exploitation

8. La clause relative à l'assurance perte d'exploitation va-t-elle devenir, comme celle de force majeure, une disposition courante dans les contrats d'affaires ? Avec le confinement et les fermetures administratives, de nombreux commerces ont subi des pertes d'exploitation, ce qui a mis au centre de l'actualité la présence de clauses garantissant ce type de pertes. C'est souvent l'assureur de dommages qui est aussi l'assureur des pertes d'exploitation. La garantie perte d'exploitation est un contrat d'assurance non obligatoire mais plutôt optionnel, en raison de son coût élevé (9). Souvent rattachée à un contrat principal, l'assurance a pour objet de faire face à l'arrêt accidentel de l'activité et d'indemniser les pertes subies en raison de la diminution du chiffre d'affaires. Les contrats « dommages directs » vont souvent garantir les immobilisations, les stocks et certaines pertes résultant directement d'un événement soit identifié soit non exclu (10). Or la crise liée à la pandémie du Covid-19 présente une spécificité : elle peut avoir pour effet une perte d'exploitation sans

forcément causer de dommages matériels aux commerces. Pour cette raison, de nombreuses sociétés d'assurance refusent de garantir les conséquences financières de la pandémie. À côté de ces contrats « dommages directs » existent des contrats « dommages indirects » qui sont les plus favorables. D'après l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), le gendarme des assurances, seules 7 % des entreprises pourraient être couvertes contre les pertes financières subies lors de la crise sanitaire (11). Les intérêts financiers sont considérables, l'ampleur des pertes étant estimée à soixante milliards de dollars. Les situations sont diverses (12). À cela s'ajoute la diversité rédactionnelle des contrats, avec des qualités et des défauts, rendant ainsi toute analyse complexe. En effet, les garanties pertes d'exploitation étant rédigées de façon très différente selon les contrats, il n'est pas possible de formuler une observation générale quant à la couverture des pertes d'exploitation liées aux fermetures décidées par l'État pour endiguer le Covid-19 (13). Récemment plusieurs décisions sont intervenues sur la question de savoir si les compagnies d'assurance doivent prendre en charge les pertes d'exploitation des commerces, notamment de restaurant et d'hôtel à raison de l'interdiction d'accueil du public édictée par des mesures administratives de lutte contre le Covid-19 (14). Par ailleurs, certains tribunaux refusent de se prononcer en référé (15), alors que d'autres le font. Des divergences existent parfois sur la même clause (16). Pour ne rien arranger, la presse grand public présente des décisions de fond et celles de référé sans apporter les précisions nécessaires. Tout cela donne, surtout aux non-juristes ou non-spécialistes, l'impression d'un désordre jurisprudentiel (17). Les parties doivent en tirer des leçons pour apporter des précisions à leurs contrats. Tout dépend, en effet, de la rédaction de la garantie relative à la perte d'exploitation. Elle doit prévoir son périmètre, la nature des dommages couverts, les exclusions ciblées, les plafonds propres à chaque contrat... les conditions variées de la garantie.

9. Une première précision concerne le principe même de la garantie. S'il est prévu l'indemnisation de la perte d'exploitation sans dommage matériel liée à la pandémie, aucune difficulté ne devrait en principe se poser, mais ce n'est pas le cas. Encore

faut-il préciser également les modalités de cette indemnisation, y compris les éléments à prendre en compte. En présence d'une disposition contractuelle relative à la garantie perte d'exploitation avec exigence d'un dommage matériel, ou en l'absence de clause, il faut s'attendre à de nombreuses difficultés qui dépassent largement le seul cas de la pandémie de Covid-19. Elles concernent toutes les hypothèses de baisse de fréquentation d'un commerce ou même une fermeture temporaire sans dommages matériels, comme dans certaines villes de France lors de la crise des gilets jaunes. Ces difficultés sont toutefois mises sous les feux de l'actualité par les fermetures administratives décidées pour endiguer la pandémie de Covid-19.

- 10.** Une deuxième précision concerne le périmètre de la garantie. Le moindre terme est interprété différemment. Par exemple, au centre d'un des contrats concernés, à l'origine de plusieurs litiges, est la garantie des pertes d'exploitation en cas de « fermeture administrative ». Une des clauses prévoit : « Perte d'exploitation suite à la fermeture administrative. La garantie est étendue aux pertes d'exploitation consécutives à la fermeture provisoire totale ou partielle de l'établissement assuré, lorsque les deux conditions suivantes sont réunies. 1. La décision a été prise par une autorité administrative compétence, et extérieure à vous-même. 2. La décision de fermeture est la conséquence d'une maladie contagieuse, d'un meurtre, d'un suicide, d'une épidémie ou d'une intoxication ». Que recouvre précisément le terme de « fermeture administrative » visé par le contrat ? Convient-il d'assimiler fermeture administrative et interdiction d'accueil du public (18) ? Les avis divergent. Pour un des assurés-restaurateurs d'une des espèces concernées, l'arrêté ministériel du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du Covid-19 est un acte de fermeture administrative. En revanche, pour l'assureur de l'espèce, seule est concernée une mesure individuelle du préfet ou du maire de fermeture d'établissement, et non l'arrêté ministériel qui constitue une mesure générale interdisant l'accueil du public qui ne peut être assimilée à l'interdiction prévue par les parties. Chacune des deux thèses a ses partisans et ses adversaires. La

leçon à en tirer étant de bien préciser la volonté des parties.

- 11.** Une troisième série de précisions est relative aux exclusions, plafonds de garantie et à l'indemnisation. S'agissant des premières, plusieurs contrats ont ainsi exclu la pandémie, alors que d'autres ont intégré une clause contre les fermetures administratives. Dans un des contrats soumis à l'interprétation des juridictions, une clause stipulait : Sont exclues les pertes d'exploitation, lorsque, à la date de décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelle que soit sa nature et son activité, fait l'objet, sur la même indemnisation des pertes d'exploitation en raison d'une fermeture « prise par une autorité administrative compétente », fermeture qui serait notamment « la conséquence d'une épidémie », alors qu'une autre clause écartait la garantie dans le cas où la décision de fermeture concernerait « au moins un établissement (...) sur le même territoire départemental que celui de l'établissement assuré ». La validité de cette clause se pose. Certains se demandent si elle n'est pas contraire à l'article L. 113-1 du code des assurances, avec au centre du débat son caractère formel et limité. La question se poserait aussi en droit commun au regard de l'article 1170 du code civil, en ce qu'elle priverait de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. S'agissant des dernières, le contrat doit notamment apporter des précisions sur l'évaluation de l'indemnisation (19) qui est au centre de plusieurs contentieux (20).
- 12.** En conclusion, le contrat peut exclure la force majeure ou l'aménager. Il peut ou non contenir une garantie des pertes d'exploitation liée à la pandémie ou aux événements du même type. Depuis la pandémie de Covid-19, l'obligation d'anticiper est encore plus grande, les clauses relatives à la force majeure et à la garantie perte d'exploitation étant au centre de cette anticipation (21). Une rédaction précise de ces clauses s'impose avec à l'esprit l'article 1190 du code civil, selon lequel le contrat de gré à gré s'interprète en faveur du débiteur, contre le créancier, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé. Aucun contrat ne peut cependant tout prévoir et les parties doivent tenter de trouver une solution convenable.

(1) V. H. Kenfack, Contrats d'affaires : quelques réflexes post-confinement liés à la pandémie de Covid-19, BRDA 17/20, inf. 26.

(2) Comp. art. 7.1.7 des Principes (Unidroit) relatifs aux contrats du commerce international 2016.

(3) V. C. Le Gallou, La clause de force majeure : leçons du droit anglais à l'égard des contrats français, in Le contrat dans tous ses États, IFR-Actes de colloques, Presses universitaires Toulouse, 2019, p. 87.

(4) Sur la question V. M. Behar-Touchais, L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial - À l'occasion de la pandémie de Covid-19, JCP E 2020, n° 1162 ; J. Heinich, L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision, D. 2020. 611  ; C.-E. Bucher, Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de Covid-19, CCC avr. 2020, n° 5 ; A. Tadros, Le Covid-19 et le droit des contrats, RLDC mai 2020, n° 181, n° 6787 ; A. Fevre et X. Hu, Épidémie de coronavirus (Covid-19) : est-ce un événement de force majeure ?, BRDA 6/20. inf. 26 ; E. Flaicher-Maneval et C. Flatrès, Les relations d'affaires à l'épreuve du Covid-19, BRDA 11/20, inf. 26 ; Pour aider les parties.

(5) Les parties peuvent s'inspirer du modèle de clause ICC de force majeure disponible depuis 1985 et dont la dernière version réactualisée, est disponible depuis mars 2020 dans le contexte de la pandémie de Covid-19.

(6) T. com. Paris, 20 mai 2020, n° 2020/016407 ; L. et J. Vogel, Les assureurs devront-ils indemniser les pertes d'exploitation des entreprises, BRDA 12/20, inf. 28.

(7) Paris, 28 juill. 2020, n° 20/06689, BRDA 17/20, inf. 11.

(8) Pour un commentaire de cette clause, C. M. Radtke, Les clauses ICC de force majeure et de hardship à l'heure du Covid-19, Échanges internationaux (magazine du comité français de la CCI), n° 116, juill. 2020, p. 14. Adde H. Guyader, Covid-19 et force majeure : les enseignements de l'expérience chinoise, Échanges internationaux n° 116, juill. 2020, p. 29.

(9) M.-J. Loyer Lemerrier, Les assureurs de dommage et le Covid-19 : droit, politique et communication, BRDA 10/20, inf. 19.

(10) M.-J. Loyer Lemerrier, préc.

(11) V. Garantie « pertes d'exploitation » : l'État des lieux de l'ACPR, 23 juin 2020, sur la base d'une interrogation d'une vingtaine d'assureurs et l'analyse de 400 contrats. Selon les chiffres de L'Argus, la garantie dommages matériels directs est souscrite à 95 % dans le secteur de la grande distribution, à 70 % par les PME et à 50 % par les artisans et commerçants. La garantie dommages indirects n'est souscrite que par 15 % des commerces.

(12) Garantie « pertes d'exploitation » : l'État des lieux de l'ACPR, préc. Adde A. Abadie, Pertes d'exploitation : les garanties de la discorde, L'Argus, 20 mai 2020.

(13) Dans le même sens L. et J. Vogel, préc.

(14) La première décision en référé est T. com. Paris, ord., 22 mai 2020, n° 2020/017022 préc. Il y aurait environ six décisions en référé et deux décisions de fond. V. J. et A. Ayoun, Indemnisation des pertes d'exploitation : panorama des premières décisions, Village de la Justice, 27 août 2020.

(15) T. com. Bordeaux, ord. réf., 23 juin 2020, n° 2020R00408 ; T. com. Lyon, ord. réf., 10 juin 2020, n° 2020R00303.

(16) En limitant aux décisions de fond, le tribunal de Toulouse semble valider une clause

d'exclusion (T. com. Toulouse, 18 août 2020, n° 2020J00294) alors que celui de Tarascon l'invaliderait (T. com. Tarascon, 24 août 2020, n° 2020/001786).

(17) Pour un panorama des décisions V. not J. et A. Ayoun, préc.

(18) Comp. T. com. Nanterre, ord. réf., 17 juill. 2020, n° 2020R00550 en faveur de l'assuré.

(19) O. Péronnet et V. Collot, Comment évaluer les pertes d'exploitation dues au Covid-19 ?, in Le club des juristes, blog du coronavirus, Newsletter du 24 mai 2020.

(20) V. not. T. com. Paris, ord., 22 mai 2020, n° 2020/017022, préc., demandant à l'expert de calculer la perte de marge brute pendant la période d'indemnisation ainsi que le montant des frais supplémentaires d'exploitation pendant la même période.

(21) Les parties ne peuvent compter que sur le contrat même si des propositions de lois ont été enregistrées à la présidence de l'Ass. nat. le 7 avr. 2020 (n° 2803) et à celle du Sénat le 16 avr. 2020 (n° 402).