

COVID-19 & CONTRATS : REMEDES | MESURES PREVENTIVES

La pandémie actuelle cause un ralentissement de l'économie à l'échelle mondiale et compromet déjà largement la continuation des activités commerciales de nombreuses industries.

Les effets sur les relations contractuelles sont directs et considérables : le volume des commandes s'effondre, les livraisons ne sont plus possibles, les délais ne sont plus respectés, les liquidités s'amenuisent alors que les charges opérationnelles s'accumulent.

Acculées, les parties à un contrat peuvent se retrouver dans l'impossibilité de l'exécuter selon les termes convenus. Quels sont les remèdes existants et les mesures à prendre ? Tour d'horizon.

REMEDES : LES CONTRATS SUISSES

Ces contrats concernent des prestations d'aliénation (vente, livraison, dépôt, bail, prêt etc.) d'entreprise (construction, design, réparation etc.) ou de service fournis exclusivement en Suisse, par des acteurs suisses, et à l'intérieur du territoire suisse. Dans ce cas, le droit suisse sera en principe seul applicable et contient les remèdes possibles suivants.

REMEDE	EFFETS
Principe « <i>clausula rebus sic stantibus</i> »	Dans les contrats de durée, possibilité de faire modifier ou annuler un contrat si, en raison de circonstances postérieures à sa conclusion et imprévisibles , il existe une disproportion tellement évidente entre prestation et contre-prestation que le fait pour une partie de persister dans sa prétention apparaît abusif . ¹ Le principe permet également de refuser sa propre prestation . ²
Exception d'inexécution (<i>exceptio non adimpleti contractus</i>)	Prévu à l'art. 82 du Code suisse des obligations (« CO ») qui accorde au débiteur une exception qui lui permet de refuser sa prestation jusqu'à l'exécution ou l'offre d'exécution de la contre-prestation par l'autre partie ³ .

¹ Arrêt du Tribunal fédéral suisse ("ATF") 93 II 390

² ATF 127 III 300

³ ATF 127 III 199 consid. 3a

REMEDE	EFFETS
Impossibilité subséquente	Si l'impossibilité d'exécuter le contrat existe au moment de sa conclusion, le contrat est nul ⁴ . Si l'impossibilité survient postérieurement, même si elle est subjective, elle entraîne le devoir de réparer le dommage, sauf si le débiteur peut prouver qu'aucune faute ne lui incombe ⁵ . Le devoir de réparer demeure si le cas fortuit est survenu alors que le débiteur était en demeure ⁶ .
La résiliation des contrats de durée	Tout contrat de durée peut être résilié pour justes motifs , même en l'absence d'une disposition légale spécifique ⁷ . La limitation contractuelle à l'exercice de ce droit, par exemple en prévoyant une durée déterminée obligatoire du contrat, est nulle. Les « justes motifs » doivent revêtir une gravité objective et subjective suffisante et la résiliation met immédiatement fin au contrat .
Mesures provisionnelles	L'art. 262 du Code de procédure civile prévoit la possibilité pour le tribunal d'ordonner des mesures provisionnelles lorsqu'il existe une atteinte ou un risque d'atteinte à un droit susceptible de causer un préjudice difficilement réparable. Le Tribunal peut ordonner l'interdiction , la cessation de l'atteinte ou la fourniture d'une prestation .

REMEDES : LES CONTRATS TRANSNATIONAUX

Lorsque le contrat a un lien avec l'étranger (p.ex. domicile du cocontractant), le droit applicable est déterminé par les conventions internationales applicables (p. ex. la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises - CVIM⁸) ou à défaut les règles applicables au droit international privé du pays concerné ; en Suisse il s'agira des art. 117ss de la Loi fédérale sur le droit international privé (« LDIP »). En règle générale, il s'agira du droit choisi par les parties et, à défaut, du droit avec lequel le contrat présente le lien de connexité le plus étroit.

Si le contrat est soumis à une clause d'arbitrage et en l'absence de choix du droit applicable, le tribunal arbitral devra le déterminer en tenant compte du lien le plus étroit avec le litige (art. 187 al. 2 LDIP), le cas échéant en s'inspirant des pratiques commerciales internationales, codifiées (Principes UNIDROIT⁹, PECL¹⁰, Incoterms¹¹, ou non (Lex Mercatoria¹²).

Si le droit suisse a été choisi ou est applicable, chaque partie disposera, en Suisse, des remèdes mentionnés ci-dessus.

Si le droit étranger s'applique, les remèdes seront ceux contenus dans le droit étranger matériel (*lex causae*) applicable ou, subsidiairement, ceux contenus dans la pratique commerciale internationale.

⁴ art. 18 CO

⁵ ATF 82 II 332

⁶ Art. 103 al. 1 CO

⁷ ATF 122 II 262

⁸ https://uncitral.un.org/fr/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg



⁹ <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

¹⁰ <https://www.ius.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>

¹¹ <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-2010/>

¹² [https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-\(lex-mercatoria\)](https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-(lex-mercatoria))



Dans la pratique des relations contractuelles internationales figurent notamment les remèdes suivants.

DROIT	REMEDE	EFFETS
	<p>Force majeure</p>	<p>Contenue dans de nombreux contrats internationaux, cette clause vise en principe des événements imprévisibles, irrésistibles et extérieurs, sur lesquels celui qui s'en prévaut n'a aucune influence, et qui sont causales de l'impossibilité pour cette partie au contrat d'exécuter sa prestation. Une telle clause érige une excuse légitime à un cas d'inexécution et instaure un régime spécial d'exclusion de responsabilité pour un cas précis. La partie au contrat lésée ne pourra pas demander l'exécution de la prestation due pendant la période couverte par le cas de « force majeure » ni demander des dommages-intérêts pour inexécution.</p> <p>En vertu du principe d'autonomie de la volonté des parties, la portée de la clause dépend de la manière dont elle est rédigée et est sujette à interprétation.</p> <p>Le cas de force majeure figure à l'art. 79 CVIM et s'applique donc, même en l'absence de disposition spécifique dans le contrat, en matière de vente internationale de marchandises. Il est également contenu dans plusieurs textes codifiant les usages commerciaux internationaux (art. 7.1.7 UNIDROIT 2016 ; art. VI.3 TransLex) ainsi que dans les conditions générales édictées sous l'égide de groupes de travail internationaux (ICC Force Majeure Clause 2003¹³ ; art. 19 FIDIC 1999¹⁴). La notion de force majeure est également contenue dans le droit islamique¹⁵.</p> <p>Cette clause permet de refuser une prestation et d'exclure sa responsabilité.</p>
	<p>Hardship</p>	<p>Également très répandue dans le commercial international, cette clause vise le cas où des événements extérieurs sont venus, postérieurement à la conclusion du contrat, altérer l'équilibre contractuel initial dans une mesure telle qu'elle désavantage inégalement une partie au contrat.</p> <p>Ces principes sont repris dans la pratique internationale et figurent aux art. 6.2 UNIDROIT 2016, 6.111 PECL, art. VIII.1 et VIII.2 TransLex ainsi que dans l'ICC Hardship Clause 2003.</p> <p>En principe, la clause permet de résilier le contrat ou d'en renégocier les termes.</p>

¹³ <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-clause-2003icc-hardship-clause-2003/>

¹⁴ <https://fidic.org/sites/default/files/20%20Clauses%2017%20to%2019.pdf>

¹⁵ Mhd SYAHNAN, (2013). Force Majeure in Islamic Law of Transaction: A Comparative Study of the Civil Codes of Islamic Countries. TSAQAFAH. 9. 1. 10.21111/tsaqafah.v9i1.37 (<https://tinyurl.com/forcemajeureislamiclaw>); ALBRAK, HODA & ABD GHADAS, ZUHAIRAH & ASUHAIMI, FARHANIN & UDIN, NURZIHAN, (2018), The Principle of Force Majeure in Shariah: A Special Reference to Saudi Contract, in Turkish online journal of design art and communication, 8. 1097-1106. 10.7456/1080SSE/150 (<https://tinyurl.com/forcemajeureshariah>).

DROIT	REMEDE	EFFETS
	<p>Frustration doctrine / Force majeure</p>	<p>Le droit anglais connaît l'institution de la <i>frustration doctrine</i>: "<i>Frustration occurs whenever the law recognises that, without default of either party, a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract. Non haec in foedera veni. It was not this that I promised to do</i>" (National Carriers Ltd. v Panalpina (Northern) Ltd. [1981] AC 675, 4)¹⁶. Les effets sont que les parties sont libérées de leur obligation de prester pour le futur sans encourir de responsabilité pour inexécution.</p> <p>En droit américain, la frustration doctrine est également admise¹⁷, en tant que principe de common law, et figure au §265 du Second Restatement of the Law on Contracts¹⁸.</p> <p>La notion de force majeure est également contenue, en matière de vente, à l'art. 2-615 du Uniform commerce code¹⁹ qui influence les lois codifiant le droit de contrats de l'ensemble des Etats américains. Elle instaure une clause d'exclusion de responsabilité.</p>
	<p>1467 CCIt</p>	<p>Dans le Codice civile italiano (« CCIt »)²⁰, l'art. 1467 prévoit que :</p> <p>« (1) <i>Dans les contrats à exécution continue ou périodique ou à exécution différée, si des événements extraordinaires et imprévisibles rendent l'exécution de l'une des parties excessivement onéreuse, la partie qui doit cette exécution peut demander la résolution du contrat, avec les effets prévus à l'article 1458.</i></p> <p><i>(2) La dissolution ne peut être exigée si la charge qui en résulte fait partie du risque normal du contrat. (3) La partie contre laquelle la dissolution est exigée peut l'éviter en proposant de modifier équitablement les conditions du contrat. »</i></p> <p>L'art. 1468 CCIt prévoit que dans le cas prévu à l'article précédent, si une seule des parties a stipulé des obligations, elle peut exiger une réduction de sa prestation ou une modification du mode d'exécution, suffisante pour la rétablir sur une base équitable.</p>



¹⁶ <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8ca60d03e7f57ecd7b5>

¹⁷ Sur le sujet, cf. Claire-Michelle SMYTH/Marcus GATTO, Contract law : a comparison of Civil Law and Common Law jurisdictions, Business Expert Press LLC, Ney-York 2018, chapter 6.

¹⁸ https://en.wikipedia.org/wiki/Restatements_of_the_Law

¹⁹ <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-615>

²⁰ <https://www.codice-civile-online.it/>


DROIT	REMEDE	EFFETS
	313 BGB	<p>En droit allemand, le § 313 du Bürgerliches Gesetzbuch (« BGB »)²¹, prévoit que « <i>lorsque les circonstances qui ont été le fondement du contrat ont gravement changé après la conclusion du contrat, de sorte que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou du moins ne l'auraient pas conclu dans les mêmes conditions si elles avaient agi en connaissance de cause, une adaptation peut être demandée dans la mesure où l'exécution du contrat initial ne peut être exigée de l'une des parties, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce et plus spécialement à la répartition contractuelle ou légale des risques. »</i></p> <p>Lorsque l'adaptation du contrat est impossible à réaliser ou qu'elle ne peut être exigée de l'une des parties, la partie défavorisée peut déclarer le contrat résolu. La résolution est remplacée par la résiliation lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée. »</p>
	1195 CCFr /1218	<p>La notion de force majeure est régie en droit français par l'article 1218 du Code civil français (« CCFr »)²² dont les dispositions sont les suivantes : « <i>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. 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 ».</i></p> <p>Inspirée du droit allemand, la révision pour imprévision constitue l'une des nouveautés de la réforme du droit des contrats portée par l'ordonnance du 10 février 2016, entrée en vigueur le 1er octobre 2016. Le nouvel article 1195 CCFr, prévoit ainsi que : « <i>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.</i></p> <p><i>En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au Juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au Juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».</i></p>

²¹

Pour la traduction anglaise du BGB, cf. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf

²²

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

DROIT	REMEDE	EFFETS
	<p>137/138 TBK</p>	<p>En droit turc²³, l'art. 136 du Code civil turc (Türk Borçlar Kanunu²⁴ – « TBK ») prévoit que si la prestation devient impossible pour une raison indépendante de la partie obligée, celle-ci est dégagée de l'obligation devenue impossible.</p> <p>L'art. 137 TBK prévoit que si le contrat est rendu partiellement impossible, la partie débitrice de l'obligation rendue impossible est libérée de cette obligation, les autres obligations demeurantes, sauf si l'on doit admettre que le contrat n'aurait pas été conclu si les parties avaient su que la prestation en question aurait été impossible, auquel cas l'ensemble des obligations tombent.</p> <p>L'art. 138 TBK prévoit qu'une partie peut demander la résiliation du contrat ou son adaptation (i) en présence d'un événement inattendu auquel la partie défaillante ne devait pas s'attendre, (ii) qui s'est produit pour une raison indépendante de sa volonté, (iii) qui provoque un déséquilibre désavantageant excessivement cette partie et (iv) pour autant que cette partie ait pris soin de prévoir une clause de « hardship » dans le contrat ou qu'elle n'ait pas encore exécuté sa prestation, à moins qu'elle réserve ses droits²⁵.</p> <p>Pour le reste, le droit turc reconnaît les clauses de force majeure stipulées par les parties²⁶.</p>

²³ Cf. aussi İlhan HELVACI, Le droit turc du contrat, Schulthess, Genève Zurich Bâle 2018, p. 62 N° 10.2.

²⁴ https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1_5.6098.pdf

²⁵ Décision de la 13ème chambre civile de la Cour suprême de Turquie No E.2012/8250 K.2013/2623 du 7.02.2013.

²⁶ Décision de la 15ème chambre civile de la Cour suprême de Turquie No E. 2005/2684 K. 2005/3640 du 16.6.2005.

MESURES PREVENTIVES

En cas de difficulté à remplir sa part du contrat liée à la situation actuelle de pandémie du COVID-19, les mesures suivantes peuvent être prises :

→ Vérifier si le contrat prévoit une clause de « *force majeure* » ou « *hardship* » et quelles sont leur portée et leurs effets

Les effets de telles clauses, ou à défaut les solutions prévues par la loi, peuvent varier de manière importante : droit de résiliation, résolution, suspension temporaire de l'obligation, exclusion de responsabilité ou droit de renégociation ou d'adaptation du contrat.

→ Analyser quelle est l'effet le plus favorable pour ses propres intérêts économiques

Chaque type de remède a une incidence différente sur la continuation des rapports économiques. Il faut aussi tenir compte des autres contrats dont dépend le contrat problématique ; par exemple des contrats de vente touchés en aval par la résiliation d'un contrat d'approvisionnement de marchandise en amont. De même, la résolution d'un contrat de vente par livraisons successive sera en générale délicate ; la résiliation d'un contrat d'entreprise destinée à livrer un ouvrage à des acheteurs qui se sont déjà départis du contrat en raison des retards accumulés sera également sans doute très litigieuse. Effectuer un choix dépend de facteurs économiques et souvent stratégiques qui doivent être examinés à moyen terme.

→ Vérifier si la mise en œuvre de la clause nécessite une notification formelle au cocontractant

En droit suisse, il est possible de renoncer tacitement à ses droits, en particulier si l'on adopte une posture passive ou contradictoire²⁷. La pratique du commerce international connaît aussi la notion de renonciation tacite aux droits²⁸. La partie qui se trouve en difficulté ou face à un cas de force majeure et qui continue à exécuter sa prestation ou fait preuve de passivité peut se voir reprocher, *a posteriori*, d'avoir renoncé tacitement à se prévaloir de ses droits. Il est donc recommandé d'invoquer formellement, par écrit et aussi tôt que possible, le remède dont on entend se prévaloir.

→ Prendre contact avec le cocontractant pour l'inviter à renégocier les termes du contrat

Un contrat ne doit être respecté que tant qu'il n'est pas convenu avec le cocontractant qu'il ne doit pas l'être. Ce truisme incite à approcher au plus tôt la partie adverse pour renégocier les termes du contrat, ce qui peut souvent solutionner favorablement des situations complexes.

→ Prendre les mesures nécessaires à diminuer son propre dommage

L'obligation de diminuer son propre dommage est un principe connu tant du droit suisse²⁹ que de la pratique commerciale internationale³⁰. Ainsi la partie au contrat qui est lésée ensuite d'une inexécution de la part de la partie qui prétend se trouver dans une situation de force majeure ou de *hardship* doit immédiatement prendre toutes les mesures de substitution pour réduire sa perte économique (revente de la marchandise, relocation de la chose, exécution de l'ouvrage par un tiers etc.). A défaut, le risque existe de ne pas pouvoir recouvrer l'entier de sa perte, même si l'inexécution de l'autre partie s'avère *a posteriori* fautive, pare exemple parce que les conditions de la force majeure n'étaient pas remplies.

²⁷ ATF 131 III 439 consid. 5.1 p. 443; 127 III 357 consid. 4c/bb; 106 II 320 consid. 3.

²⁸ Cf. art. No I.1.3 TransLex (Forfeiture of rights) et art. 1.8 (Inconsistent behaviour) et 6.2.3 UNIDROIT 2016.

²⁹ Cf. art. 42 al. 2 CO ; Benoît CHAPPUIS, l'indemnisation des mesures préventives, in WERRO/PICHONNAZ, Le dommage dans tous ses états, Ed. Stämpfli, Berne 2013, p. 180.

³⁰ Art. 7.4.8 UNIDROIT 2016, art. 9:505 PECL; art. VII.4 TransLex (Duty to mitigate).

CONTACTS

PYXIS LAW conseille et représente des clients suisses et étrangers dans les domaines du contentieux judiciaire, de l'arbitrage international, du droit public et du droit des affaires.



Dr. Tobias ZELLWEGER
tobias.zellweger@pyxislaw.ch



Fabien V. RUTZ
fabien.rutz@pyxislaw.ch



Rue de Hesse 16
Case postale 1970
1211 Genève 1
Suisse

T. +41 22 365 22 00
F. +41 22 365 22 01
www.pyxislaw.ch
info@pyxislaw.ch