

COMMENT LA PANDÉMIE DE CORONAVIRUS AFFECTE-T-ELLE LES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES EN DROIT SUISSE ET COMMENT Y FAIRE FACE ?

Lors de l'annonce du premier cas en Chine en décembre 2019, le nouveau coronavirus Covid-19 nous semblait bien lointain. Aujourd'hui, en Suisse, comme partout ailleurs, les mesures mises en place pour ralentir la progression de la pandémie nous ont plongés dans une situation tout à fait exceptionnelle.

Outre son impact sur la santé et la vie humaine, le virus a d'importantes répercussions sur les entreprises du monde entier, que ce soit en raison de perturbations dans les chaînes d'approvisionnement, de suspensions de la production, de mesures de quarantaine, de restrictions en matière d'import-export ou d'annulation d'événements. De plus en plus d'entreprises sont confrontées à des retards et/ou sont dans l'incapacité de respecter leurs obligations contractuelles qui deviennent parfois particulièrement lourdes, notamment sur le plan financier.

Sur le plan juridique, la question se pose de savoir si la pandémie actuelle et les restrictions qui en découlent¹ peuvent suspendre l'exécution des obligations contractuelles voire excuser leur inexécution.

La réponse dépendra d'abord des dispositions du contrat, en particulier de la question de savoir s'il contient une clause de force majeure ou de *hardship* et de la manière dont ces clauses sont rédigées. Elle dépendra également de la loi applicable au contrat, chaque système juridique ayant une approche différente de la force majeure et du *hardship*.

Le présent article se concentrera sur la situation juridique des contrats soumis exclusivement au droit suisse. Quant aux aspects juridiques des contrats transnationaux, on pourra se référer à l'autre contribution de PYXIS LAW en lien avec la crise actuelle et qui évoque les remèdes et mesures préventives dans un contexte international².

¹ Voir notamment l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (RS 818.101.24).

² COVID-19 & Contrats en Suisse : <https://www.pyxislaw.ch/covid-19-contrats-en-suisse/>.

→ **Quelle est la situation juridique si un contrat régi par le droit suisse contient une clause de force majeure ?**

En droit suisse, conformément au principe de la liberté contractuelle, les parties sont libres de déterminer leurs droits et obligations en vertu du contrat. Par conséquent, les contrats peuvent inclure des dispositions spécifiques qui traitent de l'inexécution ou du retard d'exécution dus à des événements tels que la propagation actuelle du nouveau coronavirus. C'est le cas des clauses de force majeure.

Le droit suisse ne prévoit pas en tant que tel de définition de la force majeure. Toutefois, cette notion est reconnue par les tribunaux et la doctrine qui l'ont définie comme un événement imprévisible et extraordinaire, survenant avec une force irrésistible et d'une violence insurmontable, qui entraîne la violation d'un devoir universel ou d'une obligation³. Le cas de force majeure a pour effet d'interrompre le rapport de causalité entre le comportement de l'auteur et le dommage⁴. Il permet ainsi à l'auteur de se libérer de sa responsabilité.

De nombreux contrats contiennent ce type de clause dans lesquelles les parties prévoient en général, qu'en cas de force majeure, la partie affectée est libérée temporairement ou définitivement de ses obligations contractuelles sans être pour autant responsable des dommages causés à l'autre partie.

L'événement de force majeure peut ainsi entraîner la résiliation du contrat ou la suspension des obligations contractuelles jusqu'à ce que l'événement cesse de constituer un empêchement à leur exécution.

Les pandémies ou autres épidémies peuvent constituer un cas de force majeure, comme le prévoient parfois explicitement ces clauses. Si ces cas ne sont pas explicitement mentionnés, ou traités d'une autre manière par le contrat, il convient de vérifier s'ils tombent sous le champ d'application de la définition générale d'événement de force majeure prévue par la clause ou sous une autre catégorie de circonstances mentionnée. En effet, même si un contrat ne mentionne pas directement les cas épidémiques, les mesures d'urgence visant à y faire face ou à les contenir sont

³ ATF 119 Ib 334 consid. 5c ; ATF 102 Ib 254 consid. 5 in JdT 1977 IV 142 ; ATF 102 Ib 257 ; Franz WERRO, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2^{ème} éd., ad. art. 41 N 46 (cité : CR CO-I, auteur) ; Pierre ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2^{ème} éd., p. 468 ; Sylvain MARCHAND, *Clauses contractuelles*, p. 205 ; Karl OFTINGER/ Emil W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5^{ème} éd., p. 155.

⁴ Henri DESCHENAUX/Pierre TERCIER, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., p. 62 ; Ingeborg SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 5^{ème} éd., p. 113.

parfois énumérées ou couvertes par des termes génériques tels que « *quarantines* », « *lockouts* », ou « *governmental injunctions* »⁵.

Pour que les conséquences prévues dans la clause de force majeure trouvent application, un lien de causalité doit être établi entre l'événement à l'origine de l'impossibilité et le défaut d'exécution de la partie affectée. Autrement dit, cette dernière doit prouver que l'événement de force majeure a causé l'inexécution. Il n'est par contre pas nécessaire que celui-ci en soit la cause directe. Toutefois, s'il y a trop d'étapes entre l'événement et l'inexécution, il sera difficile pour la partie affectée d'établir le lien de causalité, et donc, de faire valoir ses droits.

→ Quelle est la situation juridique si un contrat régi par le droit suisse ne contient pas de clause de force majeure ou si celle-ci ne s'applique pas ?

Si le contrat ne contient pas de clause de force majeure ou si celle-ci ne s'applique pas, les dispositions supplétives du droit suisse trouvent application.

Partant de ce constat, les parties s'appuient généralement sur ce qui se rapproche le plus de la notion de force majeure en droit suisse, soit l'impossibilité objective subséquente, c'est-à-dire l'impossibilité d'exécuter le contrat après sa conclusion (par opposition à l'impossibilité initiale, qui rend le contrat nul en vertu de l'art. 20 al. 1 CO).

Sa distinction avec la demeure du débiteur reste très controversée en droit suisse. En effet, où s'arrête la demeure, soit un retard du débiteur, et où commence l'impossibilité objective subséquente de la prestation ?

Afin de fixer les limites juridiques de ces deux notions il convient de distinguer si l'exécution du contrat est temporairement ou définitivement impossible. En effet, bien que dans les deux cas l'impossibilité soit non fautive si elle est due au coronavirus, la distinction permet justement de savoir si l'on applique le régime de l'impossibilité objective subséquente ou celui de la demeure.

Dans la plupart des cas, l'exécution du contrat ne sera que temporairement impossible en raison du coronavirus. La propagation du virus et des mesures en découlant n'entraînera en effet souvent qu'un retard dans l'exécution des obligations contractuelles (ex. livraison de marchandises etc.). Toutefois, si les parties ont convenu d'une date fixe pour l'exécution, il est envisageable que celle-ci soit définitivement impossible.

⁵ Les termes cités sont tirés de contrats rédigés en anglais, très souvent plus complets sur ces aspects que ceux rédigés en français.

(i) Impossibilité définitive

Dès lors que l'on peut prévoir que l'empêchement dure jusqu'à la fin du contrat, il y a impossibilité définitive et l'on applique le régime de l'impossibilité objective subséquente.

Celui-ci s'applique lorsque l'exécution de l'obligation est objectivement impossible, que cette impossibilité survient après la conclusion du contrat et que celle-ci est définitive (ou simplement durable selon certains auteurs).

Lorsque l'impossibilité est imputable au débiteur (ou à son auxiliaire), le créancier a droit à des dommages-intérêts (art. 97 al. 1 CO). A l'inverse, si le débiteur peut démontrer que l'impossibilité ne résulte pas d'un comportement fautif de sa part, il est purement et simplement libéré de son obligation (art. 119 al. 1 CO) et doit restituer les prestations qu'il a déjà reçues (art. 119 al. 2 CO)⁶. Ainsi, les deux obligations tombent⁷. Le contrat prend alors fin également, à moins que les parties entendent le renouveler.

Plus concrètement, dans une situation telle que celle que l'on connaît actuellement en raison du coronavirus, il est bien sûr envisageable que la partie défaillante puisse prouver qu'elle n'est pas en faute et que l'on applique par conséquent le régime de l'art. 119 CO. Cela pourrait notamment être le cas si celle-ci n'est définitivement pas en mesure d'exécuter le contrat en raison des restrictions imposées par le Conseil fédéral dans ses diverses ordonnances liées au Covid-19. En revanche, si, au moment de la conclusion du contrat, la partie défaillante pouvait prévoir les mesures officielles prises par le gouvernement alors que la pandémie se propageait déjà, il est envisageable qu'elle soit considérée comme fautive.

Attention toutefois, cette disposition est supplétive, les parties sont donc libres de prévoir contractuellement une répartition des risques différente. C'est pourquoi chaque contrat doit être évalué au cas par cas.

⁶ ATF 82 II 332, consid. 5.

⁷ Pascal PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance*, N 702.

(ii) Impossibilité passagère

A l'inverse, si l'on ne peut pas prévoir que l'empêchement dure jusqu'à la fin du contrat ou si l'on sait que l'empêchement prendra fin avant son terme, il y a alors impossibilité passagère, qui impose d'appliquer le régime de la demeure qualifiée (art. 107 al. 2 CO)⁸.

La demeure du débiteur se définit comme le retard dans l'exécution d'une obligation qui est exigible, dont l'exécution est objectivement possible, qui n'est pas justifié par une exception ou une objection du débiteur, et, qui a fait l'objet d'une sommation ou d'un équivalent par le créancier. La faute n'est pas une condition de la demeure⁹, mais l'absence de faute du débiteur le dispense de devoir des dommages et intérêts à l'autre partie.

Dans les contrats synallagmatiques en tout cas, elle permet au créancier d'attendre ou de choisir le moment où il n'attend plus. Il peut en effet continuer à demander l'exécution de la prestation en nature, il peut également, moyennant la fixation d'un délai convenable pour s'exécuter, si cela est nécessaire, renoncer à la prestation en nature et demander des dommages et intérêts positifs (sauf absence de faute du débiteur) ou décider de résoudre le contrat et libérer ainsi les deux parties de leurs obligations tout en imposant la restitution des prestations déjà faites.

Dans le cadre de la pandémie, si une partie n'est empêchée que temporairement en raison d'interdictions imposées par le Conseil fédéral par exemple, celle-ci pourra probablement prouver, comme c'est le cas pour le régime de l'impossibilité objective subséquente, qu'elle n'est pas en faute si ces mesures étaient imprévisibles au moment de la conclusion du contrat.

A titre d'exemple, imaginons que nous nous sommes procurés, il y a un an déjà, des billets pour la finale d'un tournoi de tennis qui devait avoir lieu à Genève le 10 avril 2020. Ce tournoi ayant été interdit par l'ordonnance du Conseil fédéral du 13 mars 2020, l'organisateur se retrouve dans une impossibilité juridique objective à l'égard des détenteurs de billets. Dans un tel cas, l'impossibilité n'est pas définitive puisque l'ordonnance à une durée de vie maximum de 6 mois. Toutefois, est-elle durable ? Selon certains auteurs, dans la mesure où le tournoi tombe dans la période d'interdiction, il faut traiter cela comme un cas d'impossibilité. En procédant ainsi, les obligations se sont automatiquement éteintes le 13 mars à 15h30, heure d'entrée en vigueur de l'ordonnance du Conseil fédéral. L'organisateur est libéré de fournir sa prestation et tous les détenteurs de tickets le sont également, l'organisateur doit ainsi leur restituer le prix du billet. En revanche, si l'on traite cela comme une forme de demeure en considérant que l'impossibilité est temporaire, alors, chacun

⁸ Pascal PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance*, N 1060 ss. ; Alfred KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 4^{ème} éd., N 54.185, 54.189 ss, 54.191 ; Claire HUGUENIN, *Obligationenrecht*, 3^{ème} éd., N 821.

⁹ Pascal PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance*, n° 1062.

des spectateurs peut choisir, soit, par exemple d'accepter une prestation de substitution (ex. report du tournoi à une date ultérieure ou report de la validité des billets à l'édition suivante), soit de résoudre le contrat et obtenir la restitution du prix du billet. Cette solution nous paraît plus cohérente dès lors qu'elle offre le choix au créancier de maintenir ou non le contrat, ce qui n'est pas le cas du régime prévu à l'art. 119 CO, dont l'application négligerait l'intérêt des parties au maintien du contrat, particulièrement dans le cadre des contrats de durée.

→ Quelle est la situation juridique si une partie peut remplir ses obligations contractuelles, mais que les coûts sont beaucoup plus élevés que la normale en raison du coronavirus ?

La pandémie que l'on connaît actuellement modifie indubitablement l'équilibre de certains contrats. C'est par exemple le cas si les coûts de production ou de livraison s'avèrent plus élevés qu'à l'ordinaire. Bien que la prestation soit davantage onéreuse pour l'une et/ou l'autre des parties, celle-ci reste en principe possible. Dans une telle situation, l'exception de force majeure ne trouve pas application.

Dans ce cas, si le contrat ne contient pas de clause de *hardship* ou équivalente, la solution reposera d'abord sur l'interprétation du contrat (art. 18 CO), soit la recherche de la volonté des parties, l'interprétation relative à d'éventuelles conditions, suspensives ou résolutoire, voire de clauses implicites.

Si cette interprétation ne suffit pas, il faut envisager de revoir les termes du contrat. Dans ce cadre, la jurisprudence et la doctrine ont développé la théorie dite de l'imprévision, souvent connue comme la *clausula rebus sic stantibus*¹⁰, exception au principe *pacta sunt servanda* selon lequel les parties sont tenues de respecter les termes du contrat qui les lie.

Cette théorie, permettant au juge d'intervenir dans un contrat, découle de l'inexistence en droit suisse d'une règle générale qui s'applique systématiquement à ce genre de situation exceptionnelle que l'on connaît aujourd'hui et qui peut déséquilibrer fondamentalement un contrat.

¹⁰ ATF 113 II 209, consid. 4a ; ATF 97 II 390, consid. 6b ; pour d'autres ex. d'application voir aussi ATF 123 III 292, consid. 7 et 8 ; ATF 122 I 328, consid. 4b ; ATF 127 III 300, consid. 5b ; ATF 135 III 1, consid. 2.4.

Elle se fonde sur le principe de bonne foi (art. 2 CC)¹¹ et sur la compétence du juge de combler les lacunes et peut engendrer une adaptation du contrat lorsque les circonstances dans lesquelles il a été conclu se sont modifiées à tel point que le maintien du contrat en l'état ne saurait être exigé¹².

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral¹³, elle n'est invocable qu'en cas de changement exceptionnel, imprévisible et inévitable causant un déséquilibre durable et particulièrement grave du contrat, qui survient postérieurement à la conclusion. La poursuite de l'exécution du contrat par la partie avantagée conduirait alors à une « exploitation usuraire », prohibée par les règles de la bonne foi et/ou l'interdiction de l'abus de droit. Il n'est toutefois pas nécessaire que la survie économique de la partie défavorisée soit mise en péril.

Un changement prévisible ne peut ainsi pas être invoqué en vue d'une adaptation du contrat. Peu importe que les parties, *in concreto*, n'aient pas prévu le changement. Il suffit que, d'un point de vue objectif, il eût été possible de s'attendre à la modification en question¹⁴. D'après la doctrine, un événement est prévisible si, selon le cours ordinaire des choses, les parties devaient raisonnablement s'attendre au changement en question. A l'inverse, un événement est imprévisible si une modification en tant que telle était prévisible, mais que l'on n'ait pas pu en prévoir la nature, l'ampleur ou les effets sur le contrat¹⁵. Enfin, si, lors de la conclusion du contrat, les parties ont volontairement ignoré les modifications qui pourraient survenir par la suite, le contrat ne peut pas être modifié¹⁶.

Dans le contexte de la pandémie de coronavirus, la situation actuelle revêt un caractère tout à fait exceptionnel. Elle était par ailleurs totalement imprévisible avant la détection du premier cas. Il en va autrement depuis que le virus touche la Suisse. Les parties ayant conclu un contrat depuis lors risquent ainsi de ne pas pouvoir invoquer ce principe si l'on estime que les restrictions imposées par les autorités suisses étaient prévisibles dès lors que de nombreux pays voisins avaient déjà pris des mesures similaires à celles que l'on connaît aujourd'hui.

Il convient enfin de relever que la *clausula rebus sic stantibus* n'entraîne que très rarement la dissolution ou l'adaptation du contrat¹⁷. Son application reste en effet tout à fait exceptionnelle puisqu'elle a jusqu'à maintenant systématiquement été rejetée par le Tribunal fédéral.

¹¹ ATF 122 III 97, consid. 3a ; voir aussi Wolfgang WIEGAND, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, N 95 (cité: BK, auteur)

¹² CR CO-I, Bénédict WINIGER, ad. art. 18 N 193.

¹³ ATF 122 III 97, consid. 3a ; ATF 100 II 345, consid. 2b ; ATF 101 II 17, consid. 2 ; ATF 107 II 343, consid. 2.

¹⁴ CR CO-I, Bénédict WINIGER, ad. art. 18 N 198.

¹⁵ Peter JÄGGI/Peter GAUCH, in Zürcher Kommentar, *Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge*, N 667.

¹⁶ ATF 127 III 300, in JdT 2001 I 239.

¹⁷ Eugen BUCHER, in Berner Kommentar, *Die natürlichen Personen: Schutz der Persönlichkeit*, N 195 et les références citées.

→ Quelle est la situation juridique si le contrat contient une clause de *hardship* ou équivalente ?

Les parties disposent d'une alternative à la *clausula rebus sic stantibus*. Lors de la conclusion d'un contrat, elles ont en effet la possibilité d'y inscrire une clause dite de *hardship* afin de se prémunir contre des circonstances pouvant rendre particulièrement difficile l'exécution du contrat.

Ce type de clause permet aux parties d'un contrat d'anticiper un changement de circonstances économiques, techniques, commerciales ou financières, imprévisibles à la signature du contrat, et rendant son exécution difficile ou particulièrement onéreuse. Cette clause permet notamment la renégociation de ce dernier, à l'initiative d'une ou de toutes les parties, en cas de circonstances bouleversant gravement l'équilibre des prestations prévues au contrat.

Elle est parfaitement adaptée pour des contrats s'étendant sur une certaine durée, les parties ayant ainsi la possibilité de renégocier les conditions conclues initialement, sans pour autant devoir rompre leurs relations contractuelles. Le contrat sera ainsi adapté aux nouvelles circonstances qui se sont révélées préjudiciables pour l'un ou pour les deux cocontractants ou pour l'équilibre général du contrat.

La clause de *hardship* ne doit pas être confondue avec la théorie de l'imprévision (*clausula rebus sic stantibus*), la première étant une clause contractuelle, l'autre un principe légal. A la différence de la *clausula rebus sic stantibus*, une clause de *hardship* a l'avantage de permettre aux parties de prévoir concrètement dans quelles situations elles pourront recourir à la renégociation du contrat, par exemple en cas d'évolution des prix, de crise financière etc.

Par ailleurs, les situations prévues dans une clause de *hardship*, soit des situations imprévisibles venant bouleverser l'équilibre du contrat, ne doivent pas être confondues avec les cas prévus dans une clause de force majeure. Si la force majeure est caractérisée par un élément imprévisible, irrésistible et indépendant de la volonté des parties empêchant le cocontractant de remplir ses obligations contractuelles, les situations prévues dans la clause de *hardship* ne rendent pas l'exécution du contrat impossible mais seulement particulièrement difficile, créant par ce biais une relation contractuelle déséquilibrée.

→ Quelle est la situation juridique lorsque la prestation est devenue inutile pour son créancier ?

Le principe est qu'un créancier qui reçoit une prestation qui lui est inutile, doit la recevoir et fournir sa contre-prestation. S'il refuse, il se retrouve en demeure (art. 91 ss. CO), ce qui ne lui dispense pas de fournir sa contre-prestation¹⁸.

Pour autant, la théorie de l'imprévision est-elle applicable à ces prestations devenues inutiles ? Notre droit ne nous en donne pas directement la réponse, mais certains indices tendent vers une application de ce principe à ces cas également, à l'image de l'art. 736 CC qui permet au titulaire d'une servitude d'en obtenir la radiation dès lors qu'elle lui est devenue inutile, comme cela pourrait être le cas dans une situation exceptionnelle comme celle que l'on connaît aujourd'hui.

→ Que se passe-t-il si une partie n'est pas en mesure de payer ses dettes en raison de l'impact économique de la pandémie de coronavirus ?

En droit suisse, la jurisprudence et la doctrine sont unanimes, l'insolvabilité ou le manque d'argent ne tombe jamais sous le coup de l'art. 119 CO¹⁹. Autrement dit, l'exécution des obligations monétaires n'est jamais impossible. Par conséquent, l'obligation de la partie d'effectuer le paiement en question demeure.

CONCLUSION

Une chose est sûre, la pandémie de coronavirus pose et posera encore pendant longtemps des défis aux entreprises du monde entier et plus généralement à toute partie liée par un contrat.

Qu'elles soient ou non directement concernées par le Covid-19, celles-ci seront bien avisées de revoir les termes de leurs contrats, notamment en envisageant des aménagements permettant d'éviter nombre de litiges inutiles. Mais également de négocier différemment à l'avenir, afin de mieux faire face à l'impact potentiel d'épidémies ou d'autres événements extraordinaires qui pourraient affecter la capacité des parties à remplir leurs obligations contractuelles.

¹⁸ Dans ce sens : CR CO-I, Luc THÉVENOZ, *ad. art. 97*, N 17 et les références citées.

¹⁹ Arrêt du TF 4C.344/2002 du 12 novembre 2003, consid 4.2 ; ATF 118 II 348, consid. 3a, *in* JdT 1993 I 555 ; CR CO-I, Luc THÉVENOZ, *ad. art. 97* N 17 ; BK, Stephan WEBER, *ad. art. 84* N 180 ss.

En droit suisse, on l'a vu, bien qu'elles ne soient à notre sens pas complètement satisfaisantes, des solutions existent lorsque l'exécution du contrat devient impossible, difficile ou excessivement onéreuse en raison d'événements indépendants de la volonté de la partie affectée.

La question sera maintenant de voir de quelle manière et sous quel angle les tribunaux aborderont les principes légaux et clauses évoqués dans cet article dans le cadre de la pandémie actuelle, qui va engendrer sans aucun doute nombre de cas inédits. Il ne serait ainsi pas étonnant que ces questions soient traitées différemment à l'avenir par les juges, les avocats mais aussi plus globalement les parties au contrat.

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.



Jonas DOESS
Jonas.doess@pyxislaw.ch



Dr. Tobias ZELLWEGER
tobias.zellweger@pyxislaw.ch

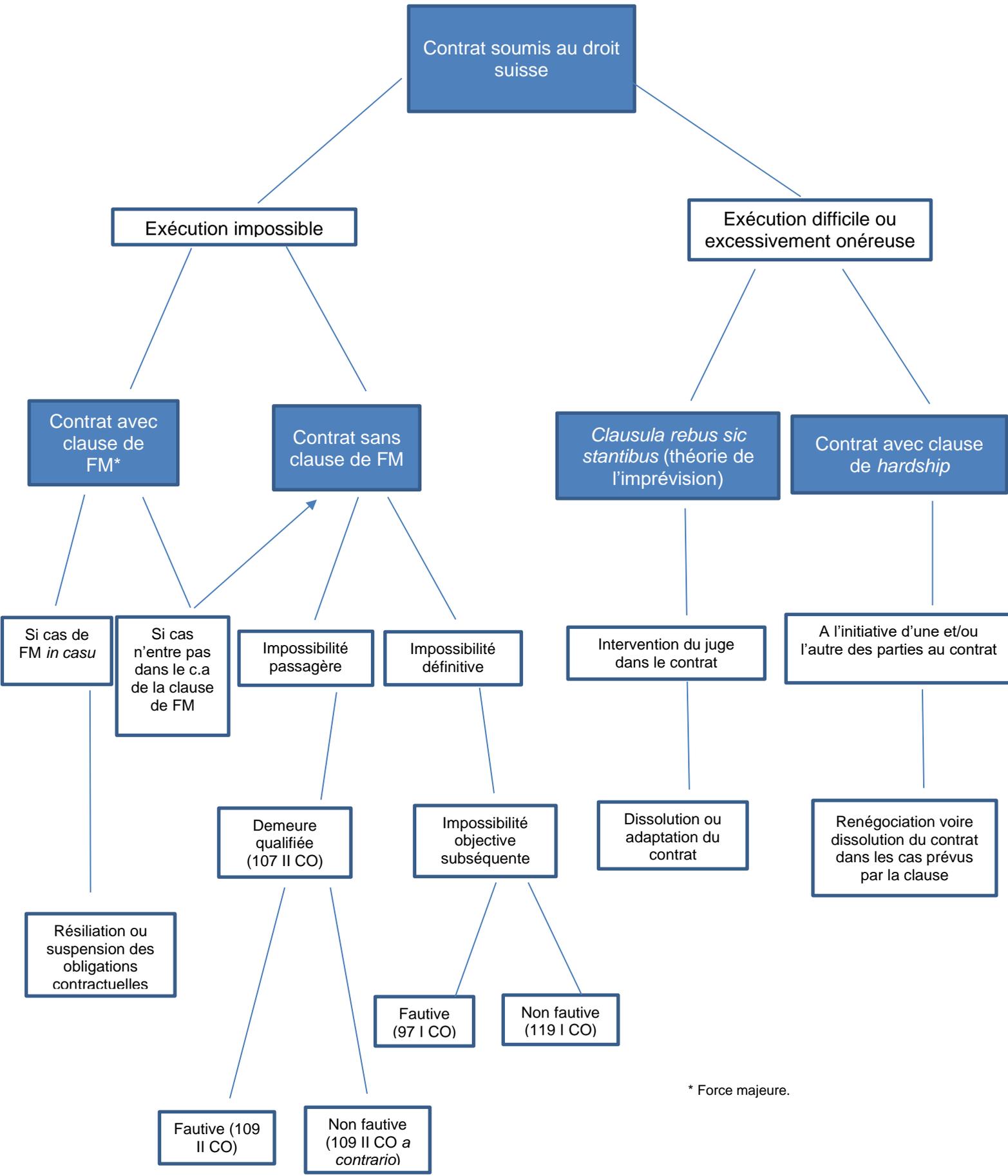


Fabien V. RUTZ
fabien.rutz@pyxislaw.ch



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



* Force majeure.