Fédération Française de la
Construction Passive

Partenaire des Compagnons du Tour de France
Fédération Compagnonnique

« FOCUS DE LA FEDE »

THÈME : COVID 19 & GESTION CONTRACTUELLE

PRÉSENTATION DU 28 MAI 2020

JULIEN FOURAY - AVOCAT ASSOCIE - CABINET 5A

WWW.CABINET-5A.FR

CABINET D'AVOCATS
Générateur de Solutions

SOMMAIRE

- Titre I **COVID : cas de force majeure ?**
- Titre II **COVID : évènement mineur ?**
- Titre III **COVID : bouleversement des conditions économiques**
- Vos questions

- L’épidémie de COVID-19 a créé une situation sanitaire et des mesures décrétées par les pouvoirs publics qui sont sans précédent et qui ont drastiquement et durablement affectées l’ensemble des secteurs de l’activité économique.

- Le secteur de la construction a été tout particulièrement frappé.

- Par l'impossibilité de poursuivre, dans des conditions normales son activité, par les mesures imposées par les autorités sanitaires en cas de reprise ou de poursuite d'activité mais également par les incertitudes économiques que génère cette situation, tout entrepreneur a été ou sera exposé au **RIP** :

  - **R**ésiliation de ses contrats,
  - **I**nexécution du contrat,
  - **P**énalisation au titre du contrat.

- En effet, l'épidémie de COVID-19 a conduit :

  - Les partenaires contractuels à rompre des négociations qui étaient sur le point d'aboutir ou à, purement et simplement, résilier des contrats qui venaient d'être signés ou dont le commencement d'exécution était engagé,
  - D'autres ont cessé, purement et simplement leurs obligations, sans pour autant remettre en cause le contrat lui-même,
  - Enfin, notamment dans des rapports de sous-traitance, des pénalités contractuelles ont été appliquées en raison des délais non respectés ou qui viendraient à ne pas l'être compte tenu des mesures de confinement qui ont été appliquées et qui ont suspendues les activités économiques.

- Que l’on soit initiateur du RIP ou qu’on en subisse les conséquences, on est conduit à s’interroger sur la nature juridique de l’épidémie COVID-19 et la manière dont il doit être appréhendé juridiquement et contractuellement.

TITRE I COVID : CAS DE FORCE MAJEURE ?

- Juridiquement, la force majeure est définie par le Code civil en son article 1218

- 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

- Plus simplement, la force majeure est un évènement :
  - Imprévisible,
  - Irrésistible,
  - Extérieur à celui qui l'invoque
- Le COVID-19 répond-il à ces critères ?

Imprévisibilité ?

- Le COVID-19 relève d'une classe et catégorie de virus identifié mais qui est nouveau par son ampleur, sa contagiosité, ses conséquences symptomatologiques et pathologiques, qui a en outre été récemment identifié.
- Il doit donc être considéré ou peut être considéré comme imprévisible.

Extérieur à celui qui l'invoque ?

- Le virus est un élément exogène et extérieur à celui qui est infecté ou à celui qui, plus généralement, en subi les conséquences.
- Sauf l'hypothèse d'une contamination volontaire, et y compris en respectant les gestes barrières, aucune garantie sur une non-contamination ne peut être donnée ou assurée par quiconque.
- Il convient en outre d'ajouter qu'il est peu probable qu'un entrepreneur, aussi puissant et développé qu'il soit, puisse peser concrètement sur des mesures sanitaires gouvernementales tendant au confinement de l'intégralité de la population et à une situation d'état d'urgence décrétée.
- Le COVID-19 peut donc être considéré comme un évènement extérieur à celui qui l'invoque.

Irrésistibilité ?

- Aussi drastique que le confinement ait pu être instauré et appliqué, toute vie n'a pas été entravée et toute activité économique n'a pas été suspendue ou annihilée.
- En réalité, les mesures de confinement ont été instaurées en appelant, chaque fois que cela était possible, à une poursuite d'activité.
- Cette poursuite d'activité a pu s'opérer, y compris dans des conditions sanitaires qui pouvaient apparaître comme incompatibles (Grandes surfaces ou magasins d'alimentation).
- Dès lors, la condition d'irrésistibilité ne peut être considérée comme soit acquise, soit automatique.

- Dès lors, s'agissant de critères cumulatifs, au moins un des critères définissant la force majeure vient à manquer et doit donc être écarté a priori.
- Ainsi le COVID-19 ne peut constituer un motif de force majeure permettant :
  - De se délier de ses obligations,
  - D'éluder sa responsabilité.

TITRE II <u>COVID : ÉVÈNEMENT MINEUR ?</u>

- S'il n'est pas un cas de force majeure, le COVID-19 est un évènement majeur affectant, naturellement, et potentiellement, la vie contractuelle.

Il vient se mesurer à la force des contrats :

- **Art. 1103** *(Ord. nº 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. 2016)* Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

Il en perturbe l'exécution et le menace

- **Art. 1224** *(Ord. nº 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. 2016)* La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.
- **Art. 1225** *(Ord. nº 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. 2016)* La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire.

- **Art. 1226** *(Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. 2016)* Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.
- Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.
- Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.

- **Art. 1228** *(Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. 2016)* Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts.

- Si le COVID-19 ne peut constituer, en lui-même, un motif de résiliation, ses conséquences (interdiction de poursuivre une activité, pendant un délai déterminé) peut constituer une justification et une résiliation du contrat.
- En réalité, tout contrat a la possibilité de prévoir que la non-possibilité d'exécution du contrat pendant un temps donné, y compris après mise en demeure, entraîne la résiliation du contrat qui cesse donc d'exister.
- La question qui se posera sera :
  - La légitimité dans la situation du COVID-19 d'invoquer cette inexécution,
  - L'existence ou non d'une indemnisation au titre de la rupture du contrat.

- C’est donc l’appréciation concrète, en réalité, de l’empêchement et du fait qu’il ne pouvait être apporté d’aménagement à l’exécution du contrat qui devra être apprécié pour déterminer si :
    - La résiliation est légitime,
    - Elle justifie d’une indemnisation.

- Inexécution du contrat.

- L’inexécution peut, sous certaines conditions, justifier d’une rupture du contrat mais plus couramment justifier d’une indemnisation.
- Encore une fois, c’est la réactivité et l’effectivité de l’empêchement à exécuter le contrat qui déterminera si, en fonction de la rédaction de celui-ci, cette inexécution est légitime et/ou si elle justifie une indemnisation (application de pénalités).

- Pénalisation :
- Par les bouleversements engendrés et apportés à l'activité économique, les parties au contrat sont nécessairement pénalisées soit :
  - Pour le maître de l'ouvrage qui, en matière de construction, voit arrêter les travaux à la date de livraison repoussée,
  - Pour l'entrepreneur qui subit un arrêt de chantier et ne peut facturer ses situations outre les pénalités qui peuvent lui être appliquées.

- L’arrêt du chantier ne constitue pas en soi une justification à la pénalité de l’entrepreneur.
- En réalité, tout dépend, une fois encore, de la réalité de l’effectivité de l’empêchement.
- Une interdiction administrative, applicable à certaines activités participant aux travaux de l’entrepreneur et déterminant ces derniers, peut justifier de la réactivité et de l’inexécution du contrat.

- En revanche, se posera la question de savoir si, pendant ce temps d'interdiction, l'entrepreneur disposait de la faculté d'entreprendre d'autres types de travaux non concernés par cette interdiction.
- D'autre part, et généralement, les pénalités sont définies contractuellement comme sanctionnant une faute de l'entrepreneur dans l'exécution de ses obligations.
- Sauf à démontrer que l'entrepreneur n'était pas, en réalité, empêché de travailler ou pouvait réaliser d'autres phases de l'exécution du marché, les pénalités n'ont pas vocation nécessairement à s'appliquer au seul motif du retard apporté à la réalisation des travaux.

- C’est donc essentiellement la rédaction et l’analyse du contrat qui permettra de déterminer si l’entrepreneur et/ou le maître d’ouvrage sont exposés à un risque de sanction ou légitimes à solliciter leur indemnisation.
- En tout état de cause, les parties au contrat disposent d’un joker…

TITRE III LE BOULEVERSEMENT DES CONDITIONS ÉCONOMIQUES.

- **Art. 1195** *(Ord. nº 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. 2016)* 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. A 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.

- Le bouleversement des conditions économiques est incontestablement constitué en matière de COVID-19.
- En effet, la situation sanitaire, dans les mesures d'interdiction édictées par les restrictions apportées à l'activité mais également par les surcoûts générés par la poursuite d'une activité devant obéir à des conditions de sécurité renforcées, constitue un bouleversement économique permettant, par principe, d'envisager contractuellement en dehors même de la rédaction du contrat, une renégociation.
- Une telle notion est également applicable en matière de marchés publics

- C’est aussi l’occasion de se remettre autour de la table et d’apprécier les rapports de force.

- L’entrepreneur n’est pas seul ou condamné à subir.

VOS QUESTIONS

MERCI DE VOTRE PARTICIPATION !

Julien FOURAY - Avocat - CABINET 5A

Fédération Française de la
Construction Passive
Partenaire des Compagnons du Tour de France
Fédération Compagnonnique

« FOCUS DE LA FEDE »

- Nouveau rendez-vous incontournable de la Fédé
- Concept : en Visio, une présentation sur un sujet technique et des questions-réponses
- 15 participants max par session
- Réservé aux adhérents et collaborateurs de la Fédé
- Présentation en ligne sur le site de la Fédé : www.fedepassif.fr
- Plus d'infos : coralie@fedepassif.fr ou 09.72.34.89.59
- Fédération Française de la Construction Passive : 21 rue des Rustauds, 67700 Monswiller