

L'application de la force majeure dans les contrats IT

NOTRE VISION DE VOS ENJEUX

La pandémie du Covid-19 a un impact majeur sur l'économie et notamment sur les relations commerciales des entreprises. Les éditeurs de logiciels observent une tendance de certains clients à mettre la pression sur des contrats en cours (contrats de type SAAS par exemple) en évoquant la force majeure. Or cette clause ne s'applique que dans un cadre bien précis.

Dès lors, les clients des éditeurs peuvent-ils invoquer le Covid 19 pour refuser de payer les sommes dues ? Les clients peuvent-ils suspendre les paiements au motif qu'ils utilisent moins ou n'utilisent plus la solution à cause du confinement ? Les clients peuvent-ils résilier les contrats ? Les réponses à ces questions seront développées dans ce document.

Contexte

Le 28 février, Bruno Le Maire, le Ministre de l'économie et des finances a annoncé que le coronavirus serait considéré pour les marchés publics de l'Etat comme un cas de force majeure.

Cela signifie que, en cas de retard de livraison, de la part des entreprises en contrat avec l'Etat, il n'y aura pas de pénalité de retard.

Cette annonce a déclenché une réaction en chaîne : l'ensemble des opérateurs économiques se sont imaginés qu'ils pouvaient dupliquer cette mesure à eux-mêmes et donc aux contrats privés.

Depuis cette annonce, le Gouvernement a précisé dans son **Rapport du 26 mars 2020 sur l'ordonnance n°2020-306** que :

« S'agissant des contrats [de droit privé], néanmoins les dispositions de droit commun restent applicables le cas échéant si leurs conditions sont réunies, par exemple (...) le jeu de la force majeure prévue par l'article 1218 du code civil ».

➔ **Le Covid-19 n'arrête pas tout : la force majeure ne s'applique aux contrats de droit privé que lorsque ses critères sont satisfaits.**

La notion de force majeure

La force majeure est définie par l'article 1218 alinéa 1er du Code civil.

Cette définition est issue d'une réforme du droit des contrats de 2016, qui a assoupli les critères de qualification.

Pour les contrats conclus avant la réforme de 2016, et non-renouvelés depuis : l'ancien droit, et donc l'ancienne définition de la force majeure, s'applique.

Dans tous les cas, la force majeure reste une exception.

Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement :

1. échappant au contrôle du débiteur,
2. qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat,
3. dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées,
4. empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Agir, mesurer, s'adapter

1 Mes clients peuvent-ils invoquer le Covid 19 pour refuser de payer les sommes dues ? Peut-on les contraindre à payer ?

La force majeure dans le contexte du Covid

La caractérisation d'un cas de force majeure dépend de l'**appréciation des juges**.

- Sur le Covid 19 les juges de la Cour d'appel de Colmar ont déjà reconnu dans une décision du 12 mars 2020 que le Covid pouvait être qualifié de cas de force majeure.
- Dans tous les cas, pour invoquer la force majeure, le débiteur doit toujours démontrer un lien entre le COVID 19 et son impossibilité d'exécuter son obligation.

Peut-on recourir à la force majeure pour refuser de payer ?

La force majeure n'est pas, en soi, exonératoire des obligations de payer, car elle n'empêche pas un paiement.

- La Cour de cassation a rappelé que « *le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure* » (Cass. Com., 16 septembre 2014, n° 13-20306).

- Dans le cas de l'épidémie d'Ebola, les juges ont retenu que :
« *la société ne rapportait pas la preuve que la pandémie affectait sa trésorerie au point de ne plus pouvoir payer ses engagements (absence de bilan produit)* » (Cour d'appel de Paris, 17 Mars 2016).

Un client ne peut pas simplement invoquer le Covid 19 pour ne pas payer les prestations.

Il doit être à même de démontrer que ses difficultés de trésorerie sont la conséquence exclusive du COVID 19 et qu'il n'a rien pu faire pour y remédier.

2 Existe-t-il des motifs autres que la force majeure pour interrompre les contrats ?

Les clients peuvent-ils recourir à l'imprévision et demander une renégociation des contrats ?

L'article 1195 du Code civil permet, pour les contrats conclus après 2016, de demander dans certaines circonstances une renégociation du contrat et, en cas de refus ou d'échec de cette renégociation, une révision ou résolution judiciaire si les conditions suivantes sont réunies :

- s'il existe un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat ;
- si ce changement rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie ;
- si cette partie n'avait pas accepté d'en assumer le risque.

Peut-on recourir à l'exception d'inexécution anticipée ?

S'il est manifeste qu'une partie ne pourra pas exécuter son contrat à l'échéance, il est possible pour l'autre partie de suspendre ses obligations à condition de démontrer que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle (Article 1220 du code civil).

Ce texte peut avoir été écarté par le contrat. Il n'est pas d'ordre public.

Ce texte s'applique par anticipation, c'est-à-dire que l'inexécution n'a pas encore eu lieu.

Cette exception peut permettre à un prestataire de suspendre ses prestations s'il sait que son client ne pourra plus le régler.

- Seul l'accord des 2 parties permet la suspension ou la modification du contrat. Tant que les parties ne se sont pas mises d'accord, le contrat continue de s'appliquer dans ses conditions initiales.
- Une partie ne peut seule suspendre unilatéralement l'exécution de ses obligations.
- L'imprévision ne peut donc être invoquée par un client pour ne pas payer ses factures.
- Ce texte peut avoir été écarté par le contrat. Il n'est pas d'ordre public.

3 Les effets de la force majeure sur les contrats IT en cours

Que se passe-t-il en cas de force majeure ?

- La responsabilité de celui qui ne s'exécute pas ne peut pas être recherchée.
- Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue (ex. suspension des paiements, déploiement sur site impossible pendant le confinement) mais ne fait pas disparaître le contrat.
- Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit (ex. report impossible, date dépassée).

Plusieurs cas de figure

La clause de force majeure n'est pas une clause d'ordre public. En application du principe de liberté contractuelle, les parties peuvent avoir prévu de l'aménager, de l'écarter ou d'élargir les cas :

1. soit le contrat contient une clause qui inclut la « pandémie » comme cas de force majeure ;
2. soit le contrat ne contient pas de clause de force majeure ;
3. soit le contrat contient une clause qui exclut la « pandémie » ou ne peut être interprétée comme l'incluant.

1. Pour les contrats incluant la « pandémie » et aménageant la force majeure

- Si la seule obligation du client est le paiement, il ne peut à priori pas refuser de payer, sauf à prouver le lien entre l'impossibilité de payer et le COVID, c'est-à-dire la détérioration insurmontable de la trésorerie de l'entreprise en suite du COVID et de ses conséquences opérationnelles. Dans ce cas, demander des justificatifs.
- Pour les autres obligations, le client doit prouver un lien entre son défaut d'exécution et le COVID. Dans ce cas, demander des explications.
- Côté fournisseur/prestataire, le service SAAS ou la fourniture de la licence doivent être maintenus dès lors qu'il est en mesure de fournir le service ou la solution.

Lorsque tous les critères de la force majeure sont réunis :

- soit tout le contrat est suspendu, dans ce cas le prestataire cesse sa prestation en retour et les prestations ne sont pas facturées.
- soit seule l'obligation du débiteur est suspendue et reprise après, auquel cas elle reprendra une fois l'empêchement terminé.

2. Pour les contrats n'ayant pas intégré de clause de force majeure

- Le droit commun s'applique.
- En dépit de l'absence à date de jurisprudence portant spécifiquement sur le COVID dans un contexte de relations contractuelles, la pandémie, ou à tout le moins certaines de ses conséquences sur l'activité des entreprises, pourrait en principe être judiciairement considérée comme relevant d'un cas de force majeure.
- Les règles de notification de la force majeure n'étant pas définies par les textes, il convient de s'assurer que le mode de notification ne puisse pas être remis en cause (email avec confirmation de réception, LRAR, RAR en ligne).

Les effets sont ceux prévus par les textes :

- si l'empêchement est temporaire, l'obligatoire est suspendue ;
- si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit.

3. Pour les contrats excluant la force majeure

Les parties conviennent que même en cas de survenance d'un événement caractérisant un cas de force majeure au sens de la loi, le contrat ne sera pas suspendu, ni résolu.

- Au cas par cas, il conviendra de vérifier la formulation de la clause et l'interprétation à donner au fait que la pandémie ne figure pas parmi les cas de force majeure exclus le cas échéant.
- Le client est tenu de régler le coût des licences, ou des prestations si elles sont maintenues.
- Les Parties peuvent dans tous les cas se réunir pour convenir d'un avenant et prévoir des aménagements aux obligations respectives des parties.

Pour les contrats conclus après l'apparition des cas de COVID-19

La force majeure s'apprécie au jour de la conclusion du contrat.

Le caractère prévisible de la pandémie et des conséquences sur le contrat sera analysé au cas par cas et dépendra de la zone géographique impactée.

Plusieurs dates pourront être prises en compte :

- la pandémie est documentée en France à partir du **24 janvier 2020** quand trois premiers cas y sont recensés ;
- le **30 janvier 2020**, l'OMS déclarait le COVID-19 comme une urgence de santé publique de portée internationale ;
- le **12 mars**, l'OMS a déclaré que le virus pouvait être qualifié de « pandémie en raison de la hausse rapide du nombre de cas en dehors de la Chine au cours de ces 2 dernières semaines, et du nombre croissant de pays touchés ».
- en France, les premiers arrêtés du **9 mars et du 13 mars** ont émis des seuils maximum pour les réunions de personnes
- « L'état d'urgence sanitaire » est entré en vigueur en France le **24 mars 2020** pour une durée de deux mois

Les contrats conclus postérieurement à ces dates devront donc tenir compte des circonstances imposées par la pandémie et les mesures de confinement. Ces événements ne pourront pas justifier une suspension ou une résolution pour cas de force majeure.

4 Les bonnes pratiques à adopter

Dans tous les cas, relire ses contrats, identifier les contrats à risque (côté clients, fournisseurs) et connaître la portée de ses obligations

- Trier les Contrats avec vos clients en cours selon le risque en cas d'inexécution.
- Faire la liste des Contrats avec vos partenaires / sous-traitants / prestataires / fournisseurs qui sont essentiels.
- Faire la liste des engagements pris et des exclusions et garanties.
- Tenir compte des dates et calendriers d'exécution.
- Désigner une personne pour le suivi de ces listes et de tout élément relatif à la mise en jeu de la force majeure.
- Analyser les Contrats à risques / prioritaires pour prise de décision et pour tenir compte de la chronologie.
- S'assurer d'avoir une seule voix entre vos départements opérationnels / achats / finance / juridique / services professionnels.

En cas de notification ou de mise en jeu de la force majeure par un fournisseur

- Analyser votre Contrat et vérifier la portée de la mise en jeu de la force majeure, les restitutions et remboursements éventuels auxquels vous pouvez prétendre.
- Préparer une réponse détaillée et de manière spécifique, selon le Contrat, les engagements respectifs et le calendrier d'exécution prévu.
- S'il s'agit d'un fournisseur non essentiel et que le Contrat peut être résilié, voir le Contrat pour analyser ce à quoi vous avez droit.
- S'il s'agit d'un fournisseur essentiel, ou que le Contrat vous met à risque en cas d'inexécution par ce fournisseur dans vos relations contractuelles avec vos propres clients, voir ce qui est offert par des concurrents, analyser votre contrat et préparer un plan de repli.
- Toujours garder une trace de vos échanges et réponses.

En cas de notification ou de mise en jeu de la force majeure par un Client

- Analyser vos CG ou le Contrat, s'il est spécifique, et vérifier la portée de la mise en jeu de la force majeure ainsi que les dates du contrat / de l'événement, les clauses de paiement, de révision de prix et d'imprévision.
- Évaluer l'intérêt d'une renégociation des termes du contrat.
- Préparer une réponse, si la force majeure est utilisée pour justifier un non-paiement.
- Si la question est davantage économique et que votre Client n'est pas en mesure de payer, voir avec vos services financiers si des mesures d'échelonnement sont possibles.
- Le non-respect par le client de ses obligations de paiement ouvre droit *in fine* à la résolution du contrat.

Si vous souhaitez invoquer la force majeure

- Ne notifier d'événement de « force majeure » qu'en dernier recours et éviter les messages contradictoires.
- Si vous êtes contraint de suspendre les contrats, entamer des négociations d'avenants pour aménager vos contrats.
- Si vous êtes dans l'impossibilité d'exécuter partiellement vos obligations contractuelles, indiquer quelles mesures sont mises en place et notifier à votre fournisseur ces informations par écrit.
- Si l'impossibilité n'est pas immédiate, vérifier la possibilité de discuter avec le fournisseur d'une renégociation du contrat pour changement de circonstances imprévisibles.
- Préparer la reprise des services professionnels / prestations de manière opérationnelle et anticiper le goulot d'étranglement.
- Conserver une trace de toutes ces communications et des mesures prises.

Contacts



Patrick Amouzou
Avocat associé
KPMG Avocats
Tél : +33 1 55 68 51 19
pamouzou@kpmgavocats.fr



Maud Lambert
Senior Legal Manager
KPMG Avocats
Tél : +33 1 55 68 51 22
maudlambert@kpmgavocats.fr



Julie Bellesort
Avocat associé
KPMG Avocats
Tél : +33 1 55 68 51 24
jbellesort@kpmgavocats.fr



Emmanuel Tricot
Avocat associé
KPMG Avocats
Tél : +33 1 55 68 50 14
etricot@kpmgavocats.fr

Les informations contenues dans ce document sont d'ordre général et ne sont pas destinées à traiter les particularités d'une personne ou d'une entité. Bien que nous fassions tout notre possible pour fournir des informations exactes et appropriées, nous ne pouvons garantir que ces informations seront toujours exactes à une date ultérieure. De fait elles ne peuvent ni ne doivent servir de support à des décisions sans validation par les professionnels ad hoc. KPMG Avocats est une société d'avocats de droit français, membre du réseau KPMG constitué de cabinets indépendants adhérents de KPMG International Cooperative, une entité de droit suisse (« KPMG International »). KPMG International ne propose pas de services aux clients. Aucun cabinet membre n'a le droit d'engager KPMG International ou les autres cabinets membres vis-à-vis des tiers. KPMG International n'a le droit d'engager aucun cabinet membre.