

Covid et rapports contractuels

Bassamat Fassi-Fihri

Avocat au barreau de Casablanca

Le Contexte

Le 30 janvier 2020, le directeur général de l'Organisation Mondiale de la Santé (O.M.S), a déclaré que la pandémie du nouveau coronavirus (2019-nCoV) constituait une urgence de santé publique de portée internationale.

Le Maroc a publié en date du 23 mars 2020 le décret-loi n° 2.20.292 portant sur les dispositions relatives à l'état d'urgence sanitaire qui a permis de prendre des mesures exceptionnelles pour limiter la liberté de circulation, d'entreprise et de réunion, encourager le travail à domicile et le recours au travail partiel.

Cette crise sanitaire a eu des impacts économiques considérables qui ont conduit des entreprises comme des particuliers à arrêter leurs activités dans un certains nombres de secteurs entraînant par là même l'impossibilité d'exécuter leurs obligations

contractuelles et partant une multitude de rupture de contrats.

Le contractant est tenté d'invoquer la crise sanitaire et les mesures prises par les autorités pour tenter de convaincre son cocontractant qu'il s'agit d'un cas de force majeure qui a rendu impossible l'exécution du contrat et qu'il ne peut dès lors assumer aucune responsabilité.

En réalité tout dépendra du contrat qui a été signé car il s'agira de vérifier si celui-ci a aménagé la force majeure et à défaut si les conditions légales sont réunies.

Or, les règles applicables en matière contractuelle relatives aux situations résultant de la crise du coronavirus doivent être précisées, le contractant pouvant exciper de la force majeure pour refuser d'exécuter partiellement ou totalement ses obligations contractuelles.

I. La qualification et l'impact de la force majeure en présence d'aménagements contractuels

1 - L'existence d'une clause contractuelle

Une clause de force majeure peut avoir été prévue au **contrat**. Il est dès lors important de l'examiner pour vérifier si la pandémie actuelle ainsi que les mesures de confinement prises peuvent entrer dans les conditions prévues par la clause de force majeure ou si elles en ont été expressément exclues, il s'agit de :

- S'assurer de la date de conclusion du contrat : si le contrat a été conclu antérieurement à la pandémie ou après celle-ci car il faudra justifier du caractère imprévisible de cet évènement ;
- S'assurer de la définition qui a été convenue pour vérifier si la force majeure pourra être retenue ou écartée (épidémie, catastrophes naturelles..);

- Vérifier si la partie a renoncé expressément à l'invoquer ;

- Vérifier le formalisme convenu et si notamment la partie est tenue de notifier cet évènement à son cocontractant et dans quelle forme ou quel délai ;

- Vérifier si la pandémie rend l'exécution impossible ou uniquement plus difficile ;

- Vérifier si la partie a accepté d'engager sa responsabilité même en cas de force majeure ou au contraire si celle-ci sera écartée.

En l'absence de clause de force majeure ou si la clause est inexploitable, il faudra envisager d'aménager dans les contrats une clause de force majeure pour en préciser la teneur et les conséquences.



2 - La formulation d'une clause contractuelle

a - La clause de force majeure

Afin de sécuriser les relations commerciales entre les parties, les contrats commerciaux devraient comporter une clause de force majeure tenant compte notamment des éléments suivants :

- Lister sans que cette liste ne soit limitative des cas de force majeure : inondations, ouragan, tornade, conflits collectifs du travail, incendies, explosions, accidents, les pannes de courant, inondations, émeutes, les guerres, rébellions, pandémie, confinement ordonné par les autorités ...
- Mettre à la charge du contractant qui désire s'en prévaloir l'obligation de saisir son cocontractant par écrit pour exposer la survenance de l'évènement de force majeure, et préciser la forme que devra prendre cette notification ;
- Imposer au contractant l'obligation de notifier son cocontractant et de lui fournir les justificatifs en précisant les conséquences sur l'exécution du contrat ;

- Écarter toute possibilité pour le contractant d'invoquer la force majeure pour s'exonérer du paiement des prestations accomplies avant la survenance de l'évènement de force majeure ;
- En cas de suspension du contrat préciser la période maximale de suspension des obligations et éventuellement une résolution de plein droit à l'expiration du délai ;
- Préciser qu'en cas de force majeure, il y aura exonération totale de responsabilité, absence de paiement des pénalités de retard ou de dommage intérêts ou au contraire convenir que les pénalités de retard s'appliqueront même en cas de force.

Si aucune clause n'a été prévue au contrat, il faudra vérifier si les conditions légales de la force majeure peuvent justifier une inexécution contractuelle.



b - La clause d'imprévision

Une clause d'imprévision permet à une partie au contrat d'invoquer l'existence d'un changement de circonstances, imprévisibles au moment de la signature du contrat, qui en rendrait l'exécution plus difficile et qui entraînerait une renégociation afin de s'adapter à la nouvelle situation économique de chacune d'entre elles.

Au Maroc, seul l'article 710 du Dahir formant code des obligations et des contrats, prévoit cette possibilité, l'imprévision n'ayant pas été envisagée par le législateur.

En effet l'article 710 du (D.O.C) dispose :

« Le preneur a droit à la remise ou à la répétition du prix si, après avoirensemencé, il perd complètement sa récolte pour une cause fortuite ou de force majeure non imputable à sa faute. Si la perte est partielle, il n'y a lieu à réduction ou à répétition proportionnelle du prix que si la perte est supérieure à la moitié. »

Il a ainsi été jugé que : « Du rapprochement des articles 710 et 712 du DOC, le fermier victime, par un cas fortuit ou de force majeure, de la perte totale ou partielle de sa récolte, ne

peut, à peine de nullité de toute clause contraire, être privé de son droit à remise, répétition ou réduction proportionnelle du prix du bail, sinon en conséquence et dans la mesure de l'indemnisation reçue soit d'un assureur soit de l'auteur des dommages. »¹

Dans ce contexte, cette clause peut permettre d'invoquer un changement de circonstances imprévisible au moment de la signature du contrat afin d'inciter les parties à renégocier les termes notamment financiers du contrat.

En France, depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, la révision pour imprévision a été prévue par l'article 1195 du Code civil, qui prévoit en cas de changement de circonstances imprévisible, la possibilité de renégocier le contrat à la demande de la partie pénalisée.

En cas de refus, ou d'échec, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent. A défaut, un juge pourra être saisi afin qu'il procède à l'adaptation du contrat ou qu'il prononce sa résolution.

¹ Cour de Cassation Française Arrêt du 09/07/1946 in BLANC François-Paul, « Les obligations et les contrats en droit marocain (D.O.C annoté) » p.99. R.A.C.A.R., T. XIV.

II. La qualification et l'impact de la force majeure en l'absence d'aménagements contractuels

1 - La définition légale de la force majeure

Le Dahir formant Code des Obligations et Contrats (D.O.C) de 1913 a défini la force majeure à l'article 268 comme « **Tout fait que l'homme ne peut prévenir**, tel que les phénomènes naturels (inondations, sécheresses, orages, incendies, sauterelles), l'invasion ennemie, le fait du prince, et **qui rend impossible l'exécution de l'obligation. N'est point considérée** comme force majeure **la cause qu'il était possible d'éviter**, si le débiteur ne justifie qu'il a déployé toute diligence pour s'en prémunir. N'est pas également considérée comme force majeure la cause qui a été occasionnée par une faute précédente du débiteur ».

Ainsi pour que le caractère de force majeure puisse être reconnu à la pandémie, les tribunaux rechercheront si l'évènement répond à **plusieurs conditions** :

- Il doit être **extérieur**, il doit être étranger à la volonté des parties, la jurisprudence ayant rappelée que constitue un cas de force majeure les faits de réquisition et de non-rapprovisionnement nés de la guerre, ces événements constituent des cas de force majeure, couverts par l'article 268 du D.O.C²
- Devrait également être considérée comme un cas de force majeure, la maladie du débiteur atteint du Covid 19, mais la jurisprudence analyse au cas par cas. C'est ainsi que n'a pas été considérée comme un cas de force majeure la maladie du fonctionnaire l'ayant empêché de déposer son recours gracieux dans les délais.³
- Il doit être **imprévisible**, il ne pouvait pas être prévu lors de la conclusion du contrat, certaines décisions ayant réfuté le caractère imprévisible à une guerre écartant par la même l'exception de force majeure considérant que « *N'est pas considéré comme une force majeure l'état de guerre dès lors que les difficultés pouvaient être prévues lors de la conclusion du contrat* ». ⁴





■ Il doit être **irrésistible**, ses effets ne pouvaient être évités. Il faudra démontrer que la pandémie a rendu l'exécution du contrat impossible mais non suspendu provisoirement ou en a rendu l'exécution plus difficile. La jurisprudence ayant à cette effet réaffirmé que « *Ne sont considérés comme un cas de force majeure uniquement les faits qui rendent l'exécution de la convention impossible et non des événements qui la rendent plus difficile.* »⁵

Les mesures de fermeture décidées par le Gouvernement pour lutter contre le Covid-19 à savoir la fermeture d'établissement, l'interdiction de rassemblements, le confinement sont des événements extérieurs et imprévisibles, il s'agit de fait du Prince qui comme la force majeure peuvent dégager la responsabilité du débiteur.

Non seulement le débiteur ne dispose d'aucune maîtrise sur ces événements qui lui sont imposés sous peine de sanctions pénales, mais leur cause lui est manifestement extérieure.

Un orage, des pluies torrentielles ou une épidémie peuvent dans certaines circonstances dans lesquelles elles interviennent peuvent constituer ou non un cas de force majeure.⁶

Il s'agira d'identifier l'évènement au débiteur de l'obligation pour vérifier si les trois critères cumulatifs exigés sont réunis.

Le Covid-19 ne constitue donc pas, par essence, un cas de force majeure. Chaque situation contractuelle particulière devra être analysée au regard des conditions de l'article 268 du DOC ou des aménagements contractuels.

² Article 268 du DOC « *Il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque le débiteur justifie que l'inexécution ou le retard proviennent d'une cause qui ne peut lui être imputée, telle que la force majeure, le cas fortuit ou la demeure du créancier.* »

³ Cour de Cassation Arrêt n° 264 du 6/03/2014 dossier n°417/4/1/2013 « *N'est pas considéré comme un cas de force majeure la maladie du fonctionnaire l'ayant empêché de déposer son recours gracieux dans les délais.* »

⁴ Cass.Com,19/11/1957 in Revue Marocaine de Droit, 1961, p. 235.

⁵ T.P.I Casablanca, 04/03/1920 in Revue des arrêts de la Cour d'appel de Rabat p.131

⁶ Tribunal de Première Instance de Casablanca, Jugement du 23/10/1986 « *N'est pas considérée comme force majeure, la tempête de force 10 intervenue au mois de Décembre à une période dans laquelle les tempêtes sont fréquentes ne peut être considérée imprévisible pour les capitaines.* »



2 - L'impact de la force majeure

La force majeure libère le débiteur de ses obligations et l'exonère de toute responsabilité tant à l'encontre de ces contractants que des tiers.

a - Sur l'allocation de dommages-intérêts

Il faut distinguer selon que l'exécution du contrat est encore possible et dans ce cas le contrat est uniquement suspendu ou si l'exécution est devenue impossible ce qui peut en justifier la résolution en application de l'article 259 D.O.C⁷.

L'article 268 du D.O.C exclut **l'allocation de dommages-intérêts** lorsque le débiteur justifie que l'inexécution ou le retard proviennent d'une cause qui ne peut lui être imputée, telle que la force majeure, le cas fortuit ou la demeure du créancier.

La force majeure conduit uniquement à la suspension des contrats et non à une résiliation, de sorte que les relations commerciales doivent reprendre avec la fin de la pandémie.

Dès lors qu'il s'agit d'un empêchement provisoire, il appartient au débiteur d'exécuter son obligation dès que les cas exceptionnels auront cessés sauf dans les cas où le retard justifierait la résolution du contrat. En effet, le retard suffisamment grave pour justifier la cessation du contrat causée par la suspension de l'exécution peut mettre fin au contrat.

À l'inverse, le fait de ne pas reprendre l'exécution de ses obligations à la cessation de l'évènement pourrait être assimilé à une rupture des relations commerciales. Cependant dans certains cas le retard d'exécution du contrat lié à la force majeure peut rendre le contrat sans objet et conduire à la résiliation du contrat.

⁷ Article 259 D.O.C « Lorsque le débiteur est en demeure le créancier a le droit de contraindre le débiteur à accomplir l'obligation, si l'exécution en est possible; à défaut, il peut demander la résolution du contrat, ainsi que les dommages-intérêts dans les deux cas. Lorsque l'exécution n'est plus possible qu'en partie, le créancier peut demander, soit l'exécution du contrat, pour la partie qui est encore possible, soit la résolution du contrat, avec dommages-intérêts dans les deux cas. On suit, au demeurant, les règles établies dans les titres relatifs aux contrats particuliers. La résolution du contrat n'a pas lieu de plein droit, mais doit être prononcée en justice. »



La force majeure libère le débiteur de ces obligations et l'exonère de toute responsabilité tant à l'encontre de ces contractants que des tiers.

b - Sur le paiement des prestations

Certains contractants invoquent par ailleurs la pandémie pour considérer qu'il s'agit d'un cas de force majeure qui les exonérerait de leur obligation de régler leurs fournisseurs alors même que le contrat n'est pas suspendu.

La Cour de cassation française a considéré que la Cour d'appel de Nîmes a estimé à bon droit que « *le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant le cas de force majeure* »⁸.

En effet, la monnaie étant en circulation, il n'est jamais impossible de régler une créance et la seule limite serait éventuellement une impossibilité matérielle de procéder au règlement des sommes dues dans des cas limités tel que la fermeture des banques, l'impossibilité d'accéder à l'application de la banque suite à une panne informatique⁹, la prohibition par les autorités de déplacements indispensables à l'exécution

de cette obligation contractuelle de somme d'argent ou encore l'hospitalisation du débiteur¹⁰.

Le débiteur ne peut se prévaloir de la force majeure et exciper d'une difficulté de trésorerie.

La force majeure même si elle est établie n'autorise le juge à « *accorder aucun terme ni délai de grâce, s'il ne résulte de la convention ou de la loi. Lorsque le délai est déterminé par convention ou par la loi, le juge ne peut le proroger, si la loi ne l'y autorise* ».

Enfin en application de la **loi n°32-10 complétant la loi n° 15-95** formant code de commerce, et notamment le chapitre III, le créancier est fondé à réclamer de plein droit le paiement de pénalités de retards même si celles-ci n'ont pas été prévues contractuellement.





L'article 78.3 de cette loi énonce à cet effet :

« (...) Si la pénalité de retard n'a pas été prévue parmi les conditions de paiement, cette pénalité de retard au taux mentionné au premier alinéa ci-dessus est exigible le jour suivant la date de paiement convenue entre les parties »

Le taux de pénalités est fixé par l'arrêté conjoint du ministre de l'économie et des finances et du ministre de l'industrie, de l'investissement, du commerce et de l'économie numérique du 21 juin 2019, publié au Bulletin Officiel numéro 6804, dans sa version française.

Celui-ci prévoit un taux de pénalités de 5.25% pour l'année 2020, compte tenu de la baisse du taux directeur par Bank Al Maghrib décidée en date du 19 mars 2020 en raison de la pandémie, le taux de pénalités est désormais fixé à 5%.

En outre les sociétés dont les comptes annuels sont certifiés par un ou plusieurs commissaires aux comptes ont l'obligation d'appliquer les pénalités de retard en vertu des dispositions de l'article 78.4 de la loi régissant les délais de paiement qui énonce que :

« Les sociétés dont les comptes annuels sont certifiés par un ou plusieurs commissaires aux comptes publient des informations sur les délais de paiement de leurs fournisseurs selon des modalités fixées par voie réglementaires. Ces informations font l'objet d'une mention dans le rapport du commissaire aux comptes selon des modalités fixées par voie réglementaire. »

⁸ Cour de Cassation Française, 16 Septembre 2014, Arrêt n°13-20.306

⁹ Cour de Cassation Française, Chambre Civile, 3ème, 17 Février 2010, n°08-20.943

¹⁰ Cour de Cassation Française Chambre Civile, 3ème, 19 Septembre 2019, n°18-18.921



c - Sur les pénalités contractuelles

Par Ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020, le Gouvernement français a instauré un moratoire sur l'ensemble des sanctions liées au non-respect des délais contractuels et ce, pendant une durée s'étendant jusqu'à un mois suivant la cessation de la situation d'état d'urgence sanitaire.

Ce moratoire a été institué pour :

- Les astreintes ;
- Les clauses pénales ;
- Les clauses résolutoires ;
- Les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé.

Au Maroc **aucune disposition ne prévoit de moratoire** en cas de non-respect des obligations contractuelles dans les contrats commerciaux de sorte qu'il s'agira de négocier au cas par cas avec le contractant de droit privé et de plaider la suspension du contrat en raison de la pandémie pour tenter d'échapper au paiement des astreintes ou des pénalités. Les juges pourront néanmoins raisonner

par analogie avec ce qui a été décidé pour les marchés publics pour considérer que le retard dans l'exécution ne résultant pas du fait du contractant, les pénalités ne lui seront pas applicables.

Il a ainsi été jugé que si l'administration peut imposer des sanctions au cocontractant en cas d'inexécution, celui-ci est exonéré lorsqu'il s'agit d'un cas fortuit qui s'est révélé au cours de l'exécution du contrat et qui a conduit à des modifications ou s'il s'agit d'un cas de force majeure ou de la faute du donneur d'ordre.¹¹

Néanmoins, l'État marocain a décidé, pour les marchés public, de prendre en compte l'impact de l'état d'urgence sanitaire et des mesures de confinement sur les délais d'exécution des marchés publics considérant que les retards sont indépendants de la volonté des entreprises titulaires de marchés publics, et qu'il s'agit de cas de force majeure.

¹¹ Cour de Cassation Arrêt n° 715/1 du 22/5/2014, dossier n° 2554/4/1/12, www.jurisprudence.ma



Il a en conséquence invité les maîtres d'ouvrages relevant des administrations de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics et autres organismes soumis au contrôle financier de l'État, de donner une suite favorable aux demandes des entreprises invoquant la force majeure tout en envisageant de conclure des avenants de prorogation des délais contractuels aussi bien pour les marchés de travaux que pour ceux de fournitures et de services, dans la limite de la durée de l'état d'urgence sanitaire.

Actuellement de nombreuses personnes physiques et morales se trouvent déjà confrontés à des situations de rupture des relations contractuelles avec toutes conséquences financières qui en découlent. Dans certains cas la force majeure ne sera pas retenue par les tribunaux, il faudra dès lors encourager la négociation et inciter les parties à renégocier leur contrats en respectant le principe de bonne foi pour tenter de rééquilibrer le contrat.

Le recours aux procédures judiciaires, compte tenu de leurs lenteurs, ne sera certainement pas la solution la plus adaptée à la résolution des litiges. ■