

# Covid-19 et droit des contrats

## Imprévision, force majeure et nouvelles technologies

### VISIOCONFÉRENCE COVID-19 #02

Me Nesrine ROUDANE

31/03/2020

<https://www.lexismaroc.ma>

<https://www.c19lexismena.com/>



LexisNexis

| MENA - Covid-19

# Covid-19 et droit des contrats

**Me Nesrine ROUDANE**



Avocate au Barreau de Casablanca

Associée-gérante Roudane & Partners Law Firm (2008 -)

Médiatrice commerciale (2014 -)

Arbitre international (DIAC40, 2016 -)

Membre du Conseil de l'Ordre des avocats au Barreau de Casablanca (2018-2020)

Représentante régionale (Afrique du Nord, Moyen-Orient et Turquie) au Forum des jeunes arbitres de la Chambre de commerce internationale (ICC/YAF) (2019-2020)

Présidente de la Commission juridique et fiscale de la CFCIM (2020-2022)

Expert national – Groupe Banque Mondiale (*Doing Business*)

Expert national – World Justice Foundation (*Rule of Law Index*)

## **Formation académique et professionnelle**

- Licence de droit privé (U. Hassan II, 2000)
- DESA Droit des affaires (U. Hassan II, 2002)
- CAPA (Barreau de Casablanca, 2002)
- Leading Professional Services Firms (Harvard, 2015)

## **Champs de spécialisation**

- Droit des affaires et de l'investissement
- Droit du travail et de l'emploi
- Droit des contrats (privés et publics)
- Droit de l'immatériel et des nouvelles technologies

# Covid-19 et droit des contrats

## Contexte juridique

- Le SARS-COV-2, virus responsable du COVID-19, un syndrome respiratoire aigu sévère, a été déclarée comme pandémie par l'Organisation mondiale de la santé et touche aujourd'hui près de 200 pays et plus de 750.000 cas confirmés et quelques 25.000 décès.
- En réponse, le Maroc a décrété l'état d'urgence sanitaire et adopté des mesures visant à ralentir la contamination de la population marocaine (fermeture des écoles et universités, fermeture d'entreprises, confinement à domicile, etc.).
- Les parties à la plupart des contrats conclus avant l'application de ces mesures ne les envisageaient pas, ni leurs conséquences sur leur capacité à exécuter leurs obligations contractuelles.
- Plusieurs entreprises se retrouvent aujourd'hui en grande difficulté, voire même dans l'impossibilité, au moins temporaire, d'exécuter leurs obligations et font face à des pénalités de retards et autres sanctions, notamment la résiliation, en cas de défaut.

# Covid-19 et droit des contrats

## Contexte juridique

### Les différents types de contrats commerciaux

Il existe plusieurs types de contrats commerciaux, correspondant à autant de cas d'espèce qu'il convient d'étudier en détail pour connaître l'effet de la situation actuelle sur les obligations réciproques des parties. Ce qui n'est pas possible ici. Il est toutefois possible de les regrouper en quatre catégories :

- 1<sup>ère</sup> catégorie : les contrats commerciaux “simples”, qui ne prévoient rien en matière de difficulté d'exécution, sauf peut-être le droit applicable et le tribunal compétent pour connaître du litige (peu utile en ce moment)
- 2<sup>ème</sup> catégorie : les contrats commerciaux “standards”, qui prévoient généralement la survenance d'un cas de force majeure et ses effets sur le contrat, ainsi que le droit applicable et le tribunal compétent, y compris, dans certains cas, une clause compromissoire permettant l'arbitrage du différend né du retard ou de l'inexécution
- 3<sup>ème</sup> catégorie : les contrats commerciaux “complexes”, qui envisagent certaines difficultés d'exécution, outre la force majeure, et la nomination d'un expert ou d'un tribunal arbitral pour déterminer les litiges nés de celles-ci
- 4<sup>ème</sup> catégorie : les contrats commerciaux « risqués », conclus pendant la crise, en toute connaissance de cause.

Dans chaque cas, le résultat de l'analyse des clauses contractuelles pourra conduire à un résultat juridique différent. La prudence est donc de mise.

# Covid-19 et droit des contrats

## Problématique n° 1 : L'imprévision

Le contrat devient trop onéreux ou difficile, mais pas impossible, à exécuter, en raison d'un changement de circonstances qui ne pouvait être raisonnablement prévu au moment de sa formation.

Le contrat est la loi des parties (Art. 230 DOC) et, lorsque l'équilibre du contrat est modifié, le juge (à supposer des tribunaux opérationnels) n'interviendra pas pour en modifier le contenu. C'est le rejet de la théorie de l'imprévision.

Comment le débiteur peut-il donc envisager de voir sa nouvelle réalité être prise en compte par le créancier ?

### Eléments de réponse

- Invoquer la bonne foi, l'usage ou l'équité pour « préciser » les stipulations contractuelles – Art. 231 DOC : Tout engagement doit être exécuté de bonne foi et oblige, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature
- Invoquer l'abus de droit – Art. 94, 2<sup>ème</sup> al., DOC: exiger l'exécution d'une obligation (faire usage d'un droit) alors que cela est de nature à causer un dommage notable à autrui et que ce dommage peut être évité ou supprimé, sans inconvénient grave pour l'ayant-droit, ouvre la porte à responsabilité civile (quasi-délictuelle), si on n'a pas fait ce qu'il fallait pour prévenir ce dommage ou le faire cesser.
- Invoquer la force majeure – Art. 268 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...
- Rechercher une solution par la voie de la négociation ou de la médiation commerciale
- Faire trancher le litige par un tribunal arbitral ad hoc ou institutionnel, souvent plus équitable

# Covid-19 et droit des contrats

## Problématique n° 2 : La force majeure

La tentation peut être grande d'invoquer la force majeure (Art. 268 DOC), si l'impossibilité d'exécuter son obligation, de manière temporaire (retard) ou permanente (inexécution), provient d'une cause extérieure non provoquée, qu'il n'était pas possible de prévenir et dont la cause ne pouvait être évitée même en prenant tous les moyens pour s'en prémunir (cause indépendante, irrésistible et insurmontable).

La pandémie de COVID-19 ne constitue pas, en elle-même, un cas de force majeure. Il peut en être autrement des mesures prises par le gouvernement (le fait du prince).

Comment, donc, déterminer s'il l'entreprise ou le professionnel fait face à un cas de force majeure l'exonérant de devoir payer des dommages-intérêts en cas de retard ou d'inexécution et comment en bénéficier de manière concrète ?

### Éléments de réponse

- Bien lire le contrat pour s'assurer des aménagements de la force majeure qu'il prévoit, le cas échéant
- S'assurer que tous les éléments constitutifs de la force majeure sont réunis.
- Si tel est le cas, il est normalement requis d'en informer le cocontractant aussi tôt que possible, ainsi que de l'effet de la force majeure sur l'exécution du contrat. En cas d'impossibilité temporaire (retard), il est conseillé de donner la date prévue pour l'exécution de l'obligation.
- En cas de litige sur la qualification de la cause du retard ou de l'inexécution comme résultant d'un cas de force majeure, privilégier la soumission du différend à l'arbitrage ad hoc ou institutionnel pour obtenir une réponse plus rapide.

# Covid-19 et droit des contrats

## Problématique n° 2 : La force majeure

Cas	Indépendante	Irrésistible	Insurmontable	Force majeure?
L'entreprise est fermée, à titre préventif, suite à une décision du chef d'entreprise	Non	Non	Non	Non
L'entreprise est fermée suite à une décision administrative, sans faute préalable	Oui	Oui	Oui/Non (télétravail?)	Oui/Non
L'entreprise est fermée suite à une décision administrative, en raison d'une faute préalable	Non	Oui	Oui	Non
L'activité de l'entreprise est réduite suite à une décision administrative, sans faute préalable	Oui	Oui	Oui/Non	Oui/Non
L'entreprise ne peut exécuter son obligation en raison du défaut d'un tiers	Oui	Oui	Oui/Non	Oui/Non
Toute la production de l'entreprise est réquisitionnée pour soutenir l'effort national	Oui	Oui	Oui	Oui

# Covid-19 et droit des contrats

## Problématique n° 3 : Utilisation des nouvelles technologies

La crise du COVID-19 et les mesures de distanciation sociale qui l'accompagnent ont conduit à une augmentation de l'utilisation de moyens alternatifs pour négocier et conclure des contrats, tels que la visioconférence, le courrier électronique et la signature électronique.

Ces moyens sont prévus par la législation marocaine, qui pose toutefois certains conditions quant à l'authentification des signatures dans le cadre d'échange électronique de données juridiques (loi n° 53-05) ainsi que le problème de transmission des données personnelles (loi n° 09-08), particulièrement avec des personnes situées à l'étranger.

Comment remplir ces conditions ?

### Eléments de réponse

- Déposer sa signature auprès de Barid Al Maghrib
- Adapter sa technique de négociation à l'échange électronique de données juridiques
- Faire rapidement les déclarations nécessaires à la CNDP ou obtenir les autorisations requises

En tout état de cause, se rappeler que la preuve est libre en matière commerciale, mais aussi que certains contrats doivent être conclus par écrit (baux commerciaux, contrats d'agence commerciale, etc.) et que, si ces contrats sont conclus par voie électronique, seuls les contrats signés conformément aux dispositions de la loi n° 53-05 sont réputés être écrits.



### Ce qu'il faut retenir

- Des circonstances imprévisibles rendent l'exécution d'une obligation plus difficile ou onéreuse, mais pas impossible? Il s'agit d'imprévision et il convient pour les parties de renégocier les stipulations contractuelles, qui doivent être exécutées de bonne foi. A défaut, il peut y avoir une situation d'abus de droit, sanctionnée par des dommages-intérêts.
- Les circonstances externes et imprévisibles rendent l'exécution d'une obligation impossible, à titre temporaire? L'obligation est suspendue. A titre permanent? L'obligation est résiliée. Mais il peut être nécessaire de respecter un certain formalisme. La force majeure doit être prouvée.
- Les nouvelles technologies peuvent s'avérer utiles pour adapter son activité aux circonstances imprévues mais il importe d'en connaître les conditions d'utilisation et de les respecter pour produire les effets désirés.

# Covid-19 et droit des contrats

## Références bibliographiques

### Textes (lois, décrets, circulaires)

Dahir formant code des obligations et des contrats (B.O. du 12 août 1913), tel que complété et modifié

Loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques (B.O. n° 5584 du 6-12-2017).

Loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (B.O. n° 5714 du 5-3-2009), telle que complétée et modifiée

Décret-Loi n° 2.20.292 portant sur les dispositions relatives à l'état d'urgence sanitaire et aux procédures de sa déclaration (B.O. n° 6867-bis du 24-03-2020).

Décret n° 2.20.293 portant déclaration de l'état d'urgence sanitaire pour la lutte contre la propagation du virus Covid-19 sur l'ensemble du territoire du Royaume du Maroc (B.O. n° 6867-bis du 24-03-2020).

### Communiqués officiels

Communiqué du Ministère de l'Intérieur, 16-03-2020

Communiqué du Ministère de l'Intérieur, 19-03-2020.

### Voir aussi

Roudane, N. 2020. COVID-19: un cas de force majeure? [online]. Lexis-Nexis.

**Merci.**

<https://www.lexismaroc.ma>

<https://www.c19lexismena.com/>