

**De la pandémie à la pénurie
de composants électroniques,
la force majeure sans fin ?**

Analyse

Février 2021

Sommaire

I.	EXPOSÉ DE LA SITUATION ACTUELLE	3
II.	DANS CES CIRCONSTANCES, LES PARTIES PEUVENT-ELLES INVOQUER UN CAS DE FORCE MAJEURE ?	5
	UN ÉVÉNEMENT EXTÉRIEUR À LA PARTIE DÉFAILLANTE.....	5
	UNE SITUATION IMPRÉVISIBLE	6
	UN CARACTÈRE IRRÉSISTIBLE.....	6
III.	RECOMMANDATIONS	9

**Par Me Frédéric Dereux, Avocat chez Gowling WLG & Charles Aronica,
Directeur général de la FIEV**

La filière automobile se trouve, au plan mondial, impactée par la pénurie des composants électroniques.

De nombreux constructeurs ont annoncé un ralentissement voire des arrêts de production sans réelles perspectives d'un retour à la normale avant plusieurs mois.

La période actuelle, par son caractère exceptionnel, plonge les acteurs économiques, en général, et ceux de la filière automobile, en particulier, dans une grande incertitude. Vient l'accroître, la position prise par certains qui considèrent que la pénurie en cause ne serait pas un cas de force majeure à l'image d'ailleurs de positions prises il y a près d'une année dont on sait qu'elles ont par la suite évoluées. En effet, ceux qui avaient commencé par refuser de reconnaître la Covid-19 comme un cas de force majeure ont ensuite eux-mêmes assez rapidement notifié à leurs fournisseurs la survenance d'un cas de force majeure sur ce fondement.

La présente note a pour objet de proposer des axes de réflexions, se basant sur le droit français, sur la force majeure, et sur la question de son application à la pénurie qui frappe la filière.

L'exercice ne peut porter que sur des axes de réflexion tant la force majeure est une notion qui s'apprécie au cas par cas et se prête mal à une théorisation autour d'un événement donné et a fortiori inédit comme le montrent d'ailleurs les diverses positions adoptées lors de la survenance de la crise sanitaire dont nombre n'ont pas été suivies en l'état par les juridictions françaises.

Dans un contrat liant un acheteur et un fournisseur, l'une des deux parties peut être empêchée d'exécuter ses obligations du fait d'une circonstance particulière. Le débiteur de l'obligation de fourniture (le fournisseur) ou d'approvisionnement (le client) doit alors justifier cette impossibilité afin de ne pas être sanctionné sur le fondement d'une inexécution fautive. Cet empêchement peut être lié à la survenance d'un cas de force majeure. Dans un tel cas, le débiteur de l'obligation peut s'exonérer de sa responsabilité contractuelle et, une option existe selon que l'empêchement est temporaire ou définitif, l'obligation étant suspendue dans le premier cas, et le contrat résolu dans le second.

En tout état de cause, il apparaît donc essentiel de savoir si les équipementiers pourront être exonérés de la responsabilité liée à leur impossibilité d'approvisionnement en invoquant un cas de force majeure auprès de leurs clients et si ces derniers pourront s'exonérer de leurs propres obligations sur le même fondement.

Après un rapide exposé de la situation actuelle (I), seront exposées les conditions dans lesquelles les parties, et en particulier les équipementiers automobiles, peuvent invoquer un cas de force majeure (II). Enfin, quelques recommandations en lien avec le Code de Performance et de Bonnes Pratiques relatif à la relation client-fournisseur au sein de la filière de la construction automobile (CPBP) du 6 novembre 2020 seront formulées (III).

I. EXPOSÉ DE LA SITUATION ACTUELLE

La première réunion de la cellule de crise sur la pénurie de composants électroniques pour l'automobile, qui s'est tenue le 10 février 2021 et a réuni des représentants de la Direction Générale des Entreprises (DGE), de la filière automobile et de la filière électronique (voir compte-rendu diffusé) a permis de dresser un constat partagé de la situation :

- La crise de la Covid-19 et les vagues successives de confinements, ont engendré un très fort ralentissement de l'industrie automobile au premier semestre 2020 et donc une baisse très importante de la demande de composants électroniques (-10% alors que le reste de la demande continuait à progresser : +14%), ceci a entraîné la mise en sommeil temporaire des sources d'approvisionnement ainsi qu'un décalage des investissements initialement programmés pour répondre à la demande. De plus, l'industrie automobile ne représente que plus ou moins 10% du total de la demande mondiale de composants électroniques et plus de 50% des éléments de base de fabrication sont aujourd'hui en Asie alors qu'au début des années 2000, 44% de la fabrication se trouvaient encore en Europe. Il existe donc une très forte dépendance d'approvisionnement en particulier vis-à-vis de Taïwan ;
- La crise sanitaire et les vagues successives de confinements, ont conduit à ce que les commandes des acteurs automobiles se soient quasiment arrêtées aux 2^{ème} et 3^{ème} trimestres 2020 (dans le monde entier, beaucoup d'usines automobiles étaient alors à l'arrêt). Les équipementiers ont par ailleurs été contraints d'utiliser leurs stocks en attendant d'avoir de la visibilité de la part de leurs clients constructeurs ;

- La reprise plus rapide et plus forte qu'anticipée en Asie, en particulier en Chine, a engendré une forte demande de composants électroniques. Par ailleurs, compte tenu également des conséquences de la crise de la Covid-19 (explosion du télétravail, des cours à distance, etc.), les commandes destinées aux marchés de PC, tablettes et smartphone, 5G, etc., ont explosé. Il y a donc eu une réallocation des productions par les fournisseurs vers ces marchés ;
- En septembre–octobre, et surtout en novembre–décembre 2020, les commandes automobiles ont fortement augmenté avec, suite aux soutiens gouvernementaux, une forte augmentation des ventes de VE et hybrides, accroissant la demande de composants électroniques (sur une base 100 en septembre 2020, la demande en novembre–décembre 2020 était de 160) ;
- Ces phénomènes ont entraîné une inadéquation entre les capacités de production de composants électroniques totalement saturés et les commandes de la filière automobile ;
- Aujourd'hui, la problématique porte principalement sur les microcontrôleurs, étant entendu que 7 fabricants mondiaux livrent 95 % du marché automobile. Par ailleurs, ces derniers travaillent avec un sous-traitant taïwanais qui fournit 70 % du marché mondial ;
- Pour les composants électroniques spécifiques au marché automobile, le temps de cycle incompressible, compte tenu notamment des différentes certifications obligatoires, est de 4 à 6 mois. Ce délai s'ajoute aux contraintes de production ;
- Aujourd'hui beaucoup d'acteurs de la filière électronique ont lancé des programmes d'investissements. Toutefois, il est compliqué d'augmenter les capacités de production, faute d'outils de production nécessaires. Le délai de livraison de certains outils de production est d'un an. Il convient d'ajouter un délai de 3 mois de qualification avant de pouvoir lancer une production ;
- Même si les fabricants de la filière électronique vont tout faire pour essayer de réduire l'écart entre l'offre et la demande (ex. optimisation des capacités de production), cet écart restera important au moins pendant environ 6 mois. La situation devrait théoriquement s'améliorer au 3^{ème} et surtout 4^{ème} trimestre 2021.

Il en résulte donc que la crise sanitaire et les décisions prises par les différents états afin d'y faire face, sont le déclencheur de la pénurie, les autres causes semblant n'être que des amplificateurs de celle-ci comme d'ailleurs les tensions géopolitiques ayant conduit HUAWEI à constituer un stock de composants équivalent à 2 années de besoin ou encore une capacité de production concentrée sur quelques acteurs et dont la croissance (4 %) a été déconnectée de celle de la demande (80 %).

II. DANS CES CIRCONSTANCES, LES PARTIES PEUVENT-ELLES INVOQUER UN CAS DE FORCE MAJEURE ?

La force majeure en matière contractuelle se définit, selon l'article 1218 du Code civil, comme « 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 et qui empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ».

Il est relevé que les différentes conditions générales (achat ou vente) ou clauses contractuelles portées à notre connaissance sont très proches et ne diffèrent pas fondamentalement de cette définition.

De cette définition se dégagent **trois critères cumulatifs** que nous allons examiner successivement, bien qu'il ne soit pas aisé en pratique de qualifier un cas de force majeure au regard d'une jurisprudence assez casuistique, qualification qui de surcroît oblige à un examen au cas par cas.

A cet effet, nous poserons ici que le débiteur est la partie qui doit livrer une pièce, un ensemble ou un sous ensemble à un constructeur, autrement dit l'équipementier, et qui se trouve dans l'incapacité de le faire, totalement ou partiellement, à défaut de pouvoir s'approvisionner en composants électroniques du fait de la pénurie de ceux-ci.

UN ÉVÉNEMENT EXTÉRIEUR A LA PARTIE DÉFAILLANTE

Le critère d'extériorité conduit à ce que l'événement puisse être considéré comme extérieur au débiteur de l'obligation (en l'occurrence de livrer) et non de sa faute selon une approche classique selon laquelle la force majeure exclue la faute.

Il ne nous semble pas faire de doute que les causes de la pénurie mondiale de composants électroniques et la pénurie elle-même sont bien hors du contrôle de l'équipementier qui les subit mais en aucun cas ne les génère.

UNE SITUATION IMPRÉVISIBLE

Le critère d'imprévisibilité conduit à ce que, **lors de la conclusion du contrat**, l'événement n'a pas pu être **raisonnablement** prévu ce qui renvoie à la recherche ce que le professionnel moyennement diligent peut anticiper en prenant néanmoins en considération des circonstances factuelles comme les circonstances de l'événement et certaines qualités de celui qui s'oblige (i.e. son niveau de connaissance/d'expertise supposé).

L'application de ce critère a varié dans le temps ; au-delà même de son rôle comme critère ou seulement comme indice, l'imprévisibilité est appréciée en fonction du temps et des circonstances. Ce qui n'était pas prévisible à une période donnée peut l'être devenu ultérieurement sous l'effet par exemple d'une évolution des connaissances et des techniques.

Sa variabilité donne alors une flexibilité dans l'appréciation que se réservent les juges. La jurisprudence, bien que très fluctuante, semble opter pour une analyse au cas par cas. Une lecture attentive des nombreuses décisions intervenues en la matière démontre sans peine que cette imprévisibilité est raisonnable et appréciée au regard d'autres critères, telles que l'**anormalité**, la **soudaineté** et la **rareté**.

Il semble acquis qu'avant le début de l'année 2020, les mesures prises par les différents états n'étaient pas raisonnablement prévisibles.

Conséquence de ces mesures inédites depuis finalement le dernier conflit mondial qui a néanmoins permis à l'économie et aux échanges de continuer alors que tel n'a pas été le cas sur partie de 2020, **la pénurie de composants électroniques nous semble pouvoir être considérée comme un événement qui n'était pas raisonnablement prévisible.**

UN CARACTÈRE IRRÉSISTIBLE

Le critère d'irrésistibilité conduit pour sa part à rechercher si l'événement produit des effets qui ne peuvent pas être évités et qui empêchent l'exécution par l'équipementier de son obligation de livrer.

Ce critère est le noyau dur de la force majeure et celui à l'égard duquel les juridictions sont le plus rigoureuses quant à l'administration de sa preuve par celui qui certes l'invoque mais aussi à l'égard de la partie qui soutient que l'événement n'est pas irrésistible (i.e. gardons à l'esprit que la charge de la preuve repose sur les deux parties).

La pénurie empêche indubitablement l'équipementier de livrer ; sans le ou les composants électroniques devant être intégrés à sa pièce, son sous-ensemble ou ensemble, il ne peut livrer, sauf à livrer une pièce non conforme qui constituerait une faute de sa part ce qu'aucun constructeur n'autorise (sauf bien évidemment le cas particulier des dérogations).

Mais, pour faire écho à certaines voix qui soutiennent que la situation de tension du marché des composants électroniques était connue de sorte que des mesures auraient dû être prises par les équipementiers (i.e. constitution des stocks tampon ou diversification des sources), d'un point de vue purement théorique, l'argument ne manque pas de portée.

Cet argument est néanmoins en rupture avec des circonstances factuelles comme le flou qui a accompagné la reprise d'activité dans la filière automobile, l'absence de visibilité (absence de communication par les constructeurs de prévisions de volumes à plus de trois mois) et d'engagement de volume de la part des constructeurs, la variabilité de ceux-ci, une réorientation des volumes vers les véhicules électriques, la pression sur les prix obligeant à une gestion stricte des stocks, la quasi impossibilité de double source du fait notamment de la spécificité des produits et du coût d'une double source (lesquelles sources au demeurant ont 7 chances sur 10 de s'adresser au même sous-traitant) outre des circonstances extérieures à la filière comme l'augmentation de la demande d'objets connectés du fait du confinement.

Surtout l'argument nous semble en rupture avec l'obligation de loyauté et de bonne foi à laquelle les parties sont tenues. Rappelons que l'article 1104 du Code civil dispose que "Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi », cette disposition étant d'ordre public.

Si en effet la situation était connue et que des mesures pouvaient être prises, sans verser dans le solidarisme contractuel, il peut être alors soutenu par exemple que le constructeur se devait d'en alerter son fournisseur avant la survenance de la crise voire de le mettre en demeure de prendre des mesures en ce sens ; la pleine et entière exécution d'un contrat est en effet l'œuvre des deux parties car elle incarne l'intérêt commun des parties.

Au demeurant, il suffit de se reporter aux décisions rendues depuis le début de la crise sanitaire, en matière de bail commercial par exemple, pour constater la place centrale que les juges donnent à la loyauté dans l'exécution des contrats.

En pratique, les juges examinent le comportement des parties : non seulement celui du débiteur de l'obligation mais également celui du créancier. Or, si ce dernier s'est montré intransigeant ou non collaboratif, le juge renverra les parties vers une négociation via une mesure de conciliation ou une médiation.

Aussi, à supposer que la force majeure ne soit pas retenue, il est raisonnablement envisageable qu'un constructeur qui se montrerait intransigeant en imposant à son équipementier de livrer et qui lui facturerait des pénalités dans les circonstances actuelles se verrait sanctionné par un juge sur le terrain de l'obligation de la loyauté si ce n'est sur celui des pratiques prohibées de concurrence.

Sur ce dernier point, soulignons que pour justifier les pénalités, certains constructeurs renvoient aux stipulations contenues dans leurs conditions générales d'achat (CGA), lesquelles n'ont toutefois d'effet à l'égard des fournisseurs que si elles ont été acceptées par ces derniers (art. 1119 du Code civil). Or, il arrive fréquemment qu'un fournisseur n'accepte pas les CGA de son client. Il peut par ailleurs les "accepter" sous la contrainte ou dans le cadre d'un contexte qui ne permet pas de prouver sa libre acceptation (ex. acceptation obligatoire via un portail pour avoir accès à un appel d'offres), ce qui permet d'en contester l'application.

Rappelons une nouvelle fois que les conditions générales de vente (CGV) constituent le socle unique de la négociation commerciale (art. L.441-1 du Code de commerce) et qu'en cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet (art. 1119 du Code civil).

En conclusion, la pénurie de composants électroniques trouvant sa cause (au sens de la causalité adéquate) dans les décisions prises par les différents états afin de contrarier la crise sanitaire, elle nous semble réunir les critères de la force majeure. Alors même que les constructeurs ont reconnu que la crise de la Covid-19 et les décisions prises par les différents états afin de contrarier la crise sanitaire constituaient un cas de force majeure, il nous semblerait incohérent qu'ils rejettent aujourd'hui cette qualification pour la pénurie mondiale actuelle, qui n'est qu'une conséquence de cette crise sanitaire.

Il est évident que les règles juridiques évoquées précédemment s'appliquent à tous les opérateurs, quel que soit leur niveau dans la chaîne d'approvisionnement, et qu'en conséquence les constructeurs nous semblent bien évidemment pouvoir se prévaloir d'un cas de force majeure pour justifier l'inexécution de leurs propres obligations.

Cela étant, cette position ne vaut que sous réserve de sa reconnaissance par un juge.

Il en va d'ailleurs de même de la position contraire.

III. RECOMMANDATIONS

La reconnaissance par un juge suppose l'introduction d'une instance et donc une procédure judiciaire ce qui génère une consommation de temps et un coût pour l'ensemble des parties.

C'est la raison pour laquelle nous pensons que la période que nous traversons ne doit pas conduire les parties à s'arc-bouter sur leurs idées aussi fondées soient-elles.

Nous pensons que la période que nous traversons doit reposer sur la volonté partagée d'exécuter loyalement et de bonne foi le contrat conduisant à la recherche conjointe de solutions préservant les intérêts des deux parties.

Dans les circonstances actuelles, c'est l'exécution loyale du contrat qui permettra in fine l'approvisionnement des pièces et le redémarrage et non l'application de pénalités.

Ces échanges devraient se dérouler dans l'esprit du Code de Performance et de Bonnes Pratiques relatif à la relation client-fournisseur au sein de la filière de la construction automobile (CPBP) du 6 novembre 2020, signé dans le cadre de la mise en œuvre de la Charte d'engagement sur les relations entre clients et fournisseurs au sein de la filière automobile, signée le 26 mai 2020.

Au regard des circonstances particulières créées par la crise de la Covid-19, et dans le cadre du plan de soutien mis en place par le gouvernement pour accompagner les entreprises de la filière face aux lourds défis à relever, l'ensemble des parties sont en effet convenus de la nécessité de renforcer les relations entre constructeurs, équipementiers et fournisseurs.

Lors de la réunion précitée de la cellule de crise sur la pénurie de composants électroniques pour l'automobile, qui s'est tenue le 10 février 2021, il a été souligné que les acteurs de la filière électronique ont besoin de visibilité et de transparence de la part des acteurs de la filière automobile.

Des réunions tripartites fabricant de composants/constructeur et équipementier pour faire des points réguliers, notamment sur les programmes de livraison semaine par semaine ont été mis en place par certains acteurs, ce type de réunion permettant un bon échange réciproque des informations et une meilleure transparence entre ces acteurs. C'est assurément une bonne pratique à suivre.

Une réflexion sur le partage de risques entre constructeurs et équipementiers consécutif aux exigences de certains fournisseurs de composants électroniques d'obtenir des engagements fermes pour 2022 devrait également être menée en vue d'une contractualisation, en dépit de l'usage dans la filière qui fonctionne sur le principe de commandes ouvertes basées sur un "capacitaire" installé reposant sur des volumes prévisionnels correspondant, pour la première monte, aux besoins d'assemblage.

Enfin, dans le cadre d'une pénurie globale significative, une répartition de manière équitable des produits parmi les clients, nous semble une approche à examiner.

C'est en alliant leurs forces que les parties limiteront l'impact d'une crise qui leur est étrangère et qu'elles subissent de la même façon. En cas de désaccord persistant, conformément aux dispositions du CPBP du 6 novembre 2020, il leur appartiendra de privilégier la résolution amiable de leurs litiges en usant des dispositifs de médiation existants.

