

Coronavirus / COVID-19: Implications pour les contrats commerciaux et financiers

Skadden

02 / 26 / 20

Si vous avez des questions concernant les sujets abordés dans ce mémo, veuillez contacter les avocats mentionnés à la dernière page ou appeler votre contact Skadden habituel.

Cette note est distribuée par Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP et affiliées à des seules fins éducatives et informatives et n'est pas destinée à servir de conseil juridique et ne doit pas être interprétée comme tel. Cette note est considérée comme une publicité en vertu des droits américains applicables.

Four Times Square
New York, NY 10036
212.735.3000

L'épidémie de coronavirus (également connue sous le nom de COVID-19) affecte actuellement l'industrie mondiale, le transport et les chaînes d'approvisionnement transfrontalières dont dépend le commerce international à de nombreux égards. Certaines entreprises arguent de ce que l'épidémie constituerait un cas de force majeure ou qu'elle permettrait la mise en œuvre d'autres fondements juridiques pour obtenir la rupture de contrats commerciaux. Nous conseillons nos clients sur de nombreuses questions juridiques liées à cette épidémie, telles que la manière dont il convient, pour les sociétés cotées, d'en divulguer les conséquences pour leur activité. De plus, les entreprises négociant des accords commerciaux devraient envisager de manière proactive l'allocation des risques et des conséquences d'une nouvelle détérioration de leurs activités liée à l'épidémie de coronavirus.

L'impact du virus sur une entreprise et dans le cadre d'une relation contractuelle donnée dépendra des cas d'espèce. Il est conseillé aux sociétés qui notifient l'existence d'un cas de force majeure, ainsi qu'aux sociétés destinataires de ces notifications, d'interpréter le contrat dans le contexte des autres accords pertinents de l'entreprise afin de déterminer les droits et obligations de chacun. Les contrats peuvent notamment imposer des délais de notification que les parties devront respecter. De plus, les dispositions des contrats et le droit applicable régissent l'étendue des moyens de défense possibles contre l'inexécution. Une évaluation de la couverture d'assurance disponible doit également être effectuée et les réclamations d'assurance doivent être formulées dans les délais impartis. Nous vous présentons ci-dessous un résumé des principes pertinents et des étapes envisageables pour analyser ces questions.

Analyse de risque et plans d'action

Les parties à des accords commerciaux touchées par l'épidémie de coronavirus sont invitées à analyser rapidement leurs droits et obligations respectifs. Cela implique :

- d'identifier les dispositions clés des contrats concernés susceptibles d'être affectées par des événements récents (telles que déclarations/garanties, clauses restrictives, clauses de résiliation, conditions, clauses de force majeure ou clauses régissant les évolutions du droit applicable) ;
- d'identifier les obligations d'information qui peuvent être/ont été déclenchées ;
- d'examiner s'il existe d'autres moyens d'exécuter les obligations contractuelles ou si des mesures peuvent d'ores et déjà être prises pour anticiper les potentielles conséquences futures de l'épidémie ;
- d'analyser les conséquences possibles d'un manquement et/ou d'une inexécution ;
- de gérer la communication avec les cocontractants, en gardant à l'esprit l'importance d'une coordination globale des relations locales afin d'assurer la cohérence de l'approche ; et
- de comprendre les mesures et les restrictions réglementaires locales.

Les accords commerciaux peuvent prévoir une série de conséquences, y compris l'allègement des obligations devant être exécutées et/ou des coûts pour la partie affectée, l'aménagement de la responsabilité civile contractuelle et la résiliation. Les accords de financement comprennent souvent des obligations de notification aux prêteurs et des cas de défaillance, lesquels sont généralement liés à un événement impactant sensiblement l'emprunteur voire, dans certains cas, sa société mère et ses fournisseurs. Certains droits et juridictions sont susceptibles de nuancer les principes précités.

Coronavirus / COVID-19: Implications pour les contrats commerciaux et financiers

En outre, pour les sociétés cotées, les effets de l'épidémie de coronavirus pourraient soulever des problèmes de transparence ainsi que d'autres préoccupations juridiques concernant l'impact du virus sur les résultats et orientations financières de la société, selon la situation en cause et le ressort territorial concerné.

Nous décrivons ci-dessous les considérations urgentes relatives aux notifications contractuelles et couvertures d'assurance et étayons les principes juridiques potentiellement applicables, tels que la force majeure, l'impossibilité d'exécuter le contrat, l'imprévisibilité et les événements pouvant avoir une incidence défavorable significative sur l'exécution du contrat.

Notifications :

De nombreux contrats exigent que toute partie cherchant à invoquer un cas de force majeure pour suspendre l'exécution de ses obligations doive, à ce stade, en informer rapidement la partie adverse.

Le fait de ne pas envoyer ces notifications dans un bref délai ou, dans certains cas, dans les jours qui suivent, peut conduire une partie à arguer que son cocontractant a renoncé à se prévaloir de tout ou partie des conséquences de la force majeure.

Certains contrats prévoient également que la persistance d'un cas de force majeure pendant une période donnée (par exemple, de 90 à 180 jours) peut faire naître un droit de résiliation. Dans d'autres scénarios, la force majeure permet uniquement de suspendre l'exécution du contrat.

Répercussions sur d'autres contrats :

Les parties qui souhaitent invoquer ou qui font face à une notification de force majeure doivent également tenir compte de l'effet de cette notification sur d'autres contrats ou obligations légales, par exemple les contrats de financement et les obligations de transparence. De nombreux accords financiers contiennent des déclarations ou obligations de notification relatives aux contentieux importants, aux événements susceptibles de conduire à de tels contentieux, ou à des charges financières exceptionnelles. Une interruption de l'activité peut également être constitutive d'un manquement contractuel, soit directement, soit du fait des garanties et déclarations, financières ou non, formulées par les parties.

Couverture d'assurance:

Il convient également de se demander si une assurance peut couvrir les pertes résultant de l'incapacité d'une partie d'exécuter ses obligations en raison de l'épidémie de coronavirus.

- De nombreuses polices d'assurance de biens commerciaux offrent une protection contre les interruptions d'activité,

cependant, ces polices requièrent souvent, à titre de franchise, des pertes matérielles directes affectant les biens de l'assuré, ses clients ou ses fournisseurs.

- Certains produits d'assurance spécialisés – tels que l'assurance contre la force majeure, l'assurance contre les perturbations commerciales, l'assurance contre les risques politiques et les cautionnements de bonne exécution – peuvent permettre de réduire les risques.
- Quoi qu'il en soit, la prise en charge sera déterminée par les conditions particulières de la police d'assurance qui devront être examinées avec soin. Une attention particulière doit être accordée aux obligations déclaratives applicables.

Force majeure et concepts similaires

Toute assertion de l'existence d'un cas de force majeure doit être analysée à la lumière du contrat, qui peut contenir une clause de force majeure définissant les contours et les conséquences des exceptions d'inexécution. De plus, l'évènement de force majeure doit être analysé selon le droit applicable au contrat afin de déterminer s'il est possible d'invoquer la force majeure et dans quelles conditions.

Lorsque les contrats sont régis par le droit de l'Etat de New York, le droit anglais ou le droit hongkongais, il convient de se demander:

- si l'accord entre les parties permet expressément la suspension de l'exécution des obligations prévues au contrat en cas de force majeure, voire de dispenser les parties de cette exécution ;
- si une notification doit être adressée au cocontractant, le cas échéant sous une forme spécifique ;
- si l'épidémie de coronavirus empêche ou retarde l'exécution du contrat ;
- si les attentes raisonnables des parties sont remises en cause dans des circonstances imprévisibles ou irrésistibles ; et
- s'il existe d'autres moyens d'exécuter les obligations prévues au contrat et d'autres mesures permettant d'éviter ou d'atténuer la propagation de l'épidémie de coronavirus et ses conséquences.

Des remarques similaires peuvent être formulées au sujet des contrats régis par les droits français et allemand. S'agissant des contrats régis par le droit français ne prévoyant pas d'aménagement contractuel, la force majeure demeure régie par le Code civil. Celle-ci est constituée lorsque l'exécution des obligations d'une partie est entravée par un événement indépendant de sa volonté, qui ne pouvait être raisonnablement anticipé à la date de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent pas être évités par des mesures raisonnables. Il convient alors notamment de se demander si :

Coronavirus / COVID-19: Implications pour les contrats commerciaux et financiers

- la partie débitrice avait accepté de supporter le risque d'un cas de force majeure ;
- le retard qui en résulte justifie la résiliation du contrat ; et
- la partie cherchant à faire valoir un cas de force majeure était tenue d'exécuter le contrat avant la survenance du cas de force majeure.

Le droit allemand ne régit pas expressément les conséquences de la force majeure, ce qui conduit fréquemment les parties à prévoir une clause dédiée.

Impossibilité d'exécution et imprévisibilité

Lorsqu'un événement ne remplit pas les conditions requises pour être considéré comme un cas de force majeure mais rend l'exécution de l'obligation plus onéreuse, voire impossible, il existe des mesures d'aménagement dont la teneur varie considérablement d'une juridiction à l'autre.

Certains pays de droit civil permettent l'aménagement de l'exécution des obligations en cas d'imprévision telle qu'envisagée par le Code civil. En droit français, il convient de se demander si le changement de circonstances était bien imprévisible à la date de la conclusion du contrat et s'il a rendu l'exécution du contrat excessivement onéreuse. En fonction des stipulations du contrat, le droit applicable peut permettre la renégociation du contrat et donner aux arbitres et aux juges le pouvoir de le modifier. En droit allemand, l'inexécution du contrat peut être admise lorsque l'exécution est devenue impossible, ce qui demeure difficile à prouver. Une partie peut également exiger la modification d'un contrat, voire le résilier, lorsqu'elle peut démontrer qu'aucune des parties n'a explicitement ou implicitement accepté de supporter le risque de survenance d'un événement significatif et imprévisible.

En vertu du droit de l'Etat de New York, du droit anglais et du droit hongkongais, la possibilité d'opposer une « impossibilité d'exécution » et/ou l'« imprévisibilité » de l'événement est limitée et implique de se demander (i) si l'objet du contrat ou les moyens de l'exécuter ont été réduits à néant, de sorte que l'exécution devient objectivement impossible et (ii) si le contrat est désormais dépourvu de son objet principal (*frustrated*) ou si le contrat lui-même est devenu radicalement différent de ce qui était envisagé par les parties à la date de sa conclusion et devient ainsi techniquement ou commercialement impossible à exécuter. En droit anglais, l'impossibilité d'exécution est rarement reconnue. Une décision récente de la High Court anglaise a conclu que le Brexit ne rendait pas impossible l'exécution du bail de 25 ans contracté par l'Agence européenne des médicaments à Canary Wharf (Londres) malgré le fait que l'agence sera contrainte de déménager dans un Etat membre de l'UE.¹

¹ Caso « Canary Wharf (BP4) T1 Ltd v European Medicines Agency [2019] EWHC 335 (Ch). »

Certains types de contrats peuvent être régis par la Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises (« CVIM ») ou le Code Uniforme de Commerce (« U.C.C ») américain. L'article 79 de la CVIM peut libérer la partie concernée de son obligation lorsque l'inexécution est la conséquence d'un obstacle imprévisible échappant à son contrôle et qu'elle n'aurait pu surmonter. Le U.C.C. permet aux parties de se prévaloir d'une exception d'inexécution lorsque l'exécution de leurs obligations a été rendue « irréalizable » (« *impracticable* ») par la survenance d'un événement « dont la non-survenance était une hypothèse fondamentale sur la base de laquelle le contrat a été conclu » (N.Y. U.C.C. Section 2-615 (a) (traduction libre)). En toutes hypothèses, les stipulations contractuelles sont susceptibles d'aménager la mise en œuvre de ces concepts.

Changement ou effet défavorable significatif

Certains contrats répartissent le risque entre les parties lorsque surviennent des événements dont il est raisonnable d'anticiper qu'ils entraîneraient un changement défavorable (*material adverse change* (MAC)) ou un effet défavorable (*material adverse effect* (MAE)) significatif pour l'entreprise. La survenance d'un MAC ou d'un MAE peut donner à une partie le droit de se soustraire à l'exécution du contrat, voire de le résilier. D'autres accords peuvent exiger que la partie notifie à son cocontractant toute circonstance susceptible de constituer un MAC ou un MAE, et notamment (i) la violation, l'inexécution ou tout autre manquement aux obligations contractuelles concernées ; (ii) la connaissance d'une menace de contentieux judiciaire ou arbitral significatif ; (iii) toute situation ayant un impact important sur la capacité de la partie concernée à exécuter ses obligations en vertu du contrat ; et (iv) toute situation ayant un impact significatif sur ses opérations ou résultats financiers.

Conclusion

Afin d'évaluer l'impact de l'épidémie de coronavirus sur une entreprise et ses relations contractuelles spécifiques, une analyse au cas par cas est nécessaire. Les entreprises concernées sont encouragées à passer en revue, avec leurs avocats, les droits et obligations découlant de leurs différents contrats, leurs instruments de financement et les droits qui leur sont applicables, notamment en ce qui concerne les obligations de notification, les potentiels impacts croisés sur leurs différents contrats, leurs couvertures d'assurances et leur obligation de transparence.

Coronavirus / COVID-19: Implications pour les contrats commerciaux et financiers

Contacts

Marchés de capitaux

Z. Julie Gao

Associée / Hong Kong
852.3740.4863
julie.gao@skadden.com

David J. Goldschmidt

Associé / New York
212.735.3574
david.goldschmidt@skadden.com

Alejandro Gonzalez Lazzeri

Associé / New York
212.735.3318
alejandro.gonzalez.lazzeri@skadden.com

Laura A. Kaufmann Belkhatat

Associée / New York
212.735.2439
laura.kaufmann@skadden.com

Droit des sociétés / Fusions et acquisitions

Michael A. Civale

Associé / New York
212.735.3452
michael.civale@skadden.com

Rajeev P. Duggal

Associé / Singapore
65.6434.2980
rajeev.duggal@skadden.com

Shilpi Gupta

Associé / Chicago
312.407.0738
shilpi.gupta@skadden.com

Peter X. Huang

Associé / Beijing
86.10.6535.5599
peter.huang@skadden.com

Mitsuhiro Kamiya

Associé / Tokyo
81.3.3568.2228
mitsuhiro.kamiya@skadden.com

Paul T. Schnell

Associé / New York
212.735.2322
paul.schnell@skadden.com

Jonathan B. Stone

Associé / Hong Kong
852.3740.4703
jonathan.stone@skadden.com

Projets d'énergie et d'infrastructures

David P. Armstrong

Associé / Toronto
416.777.4716
david.armstrong@skadden.com

Julia A. Czarniak

Associée / New York
212.735.4194
julia.czarniak@skadden.com

Paul S. Kraske

Associé / Washington, D.C.
202.371.7234
paul.kraske@skadden.com

Tatiana Monastyrskaya

Associée / New York
212.735.3582
tatiana.monastyrskaya@skadden.com

Aryan Moniri

Associé / Washington, D.C.
202.371.7356
aryan.moniri@skadden.com

Propriété intellectuelle et technologie

Jose A. Esteves

Associé / New York
212.735.2948
jose.esteves@skadden.com

Arbitrage international

Julie Bédard

Associée / New York et São Paulo
212.735.3236
julie.bedard@skadden.com

David Kavanagh QC

Associé / London
44.20.7519.7288
david.kavanagh@skadden.com

Lea Haber Kuck

Associée / New York
212.735.2978
lea.kuck@skadden.com

Gregory A. Litt

Associé / New York
212.735.2159
greg.litt@skadden.com

Rory McAlpine

Associé / Hong Kong
852.3740.4743
rory.mcalpine@skadden.com

Timothy G. Nelson

Associé / New York
212.735.2193
timothy.g.nelson@skadden.com

Anke C. Sessler

Associée / Frankfurt
49.69.7422.0165
anke.sessler@skadden.com

Valentin Autret

Counsel / Paris
33.1.55.27.11.11
valentin.autret@skadden.com

Contentieux

Boris Bershteyn

Associé / New York
212.735.3834
boris.bershteyn@skadden.com

Jay B. Kasner

Associé / New York
212.735.2628
jay.kasner@skadden.com

Steve Kwok

Associé / Hong Kong
852.3740.4788
steve.kwok@skadden.com

Scott D. Musoff

Associé / New York
212.735.7852
scott.musoff@skadden.com

Droit fiscal

James Anderson

Associé / London
44.20.7519.7060
james.anderson@skadden.com