

COVID-19 - VOTRE ENTREPRISE ET SES CONTRATS :

QUELLES OPTIONS JURIDIQUES ?

Avec la crise actuelle du Coronavirus, une entreprise peut tout à la fois être en position difficile pour exécuter ses propres obligations contractuelles vis-à-vis de ses clients et vouloir exiger de ses fournisseurs qu'ils livrent les produits attendus ou exécutent leurs prestations. Quelles sont les options disponibles en droit australien ?

1. INTRODUCTION

1.1 Au plan contractuel, la paralysie d'une partie de l'économie du fait du COVID-19 provoque de nombreuses réactions en chaîne en Australie et à travers le monde. Pour chaque entreprise, la grande interrogation est sa propre capacité à respecter ses obligations contractuelles, ou celle de l'autre partie au contrat à en faire de même. Sans parfois aller jusqu'à l'impossibilité totale pour une partie de respecter ses engagements, la réalisation d'un contrat peut tout simplement devenir bien plus coûteuse que prévu et en remettre en cause tout l'équilibre économique.

1.2 En pratique, chacune des deux parties dispose de plusieurs options :

- a) soit chercher à aménager les termes du contrat ;
- b) soit suspendre l'exécution des obligations contractuelles pour un certain temps ;
- c) soit finalement résilier le contrat.

1.3 A titre préliminaire, deux points sont importants à prendre en compte avant de vouloir altérer un contrat (points qui seront étudiés plus loin en points 5 et 6) :

- a) Votre entreprise a-t-elle souscrit une assurance interruption de travail et couvre-t-elle les pertes résultant d'une pandémie ? Chaque police d'assurance est différente et nécessite une analyse attentive. Si la réponse est oui, il faut déclarer le sinistre dans les meilleurs délais (« *claim* »). En cas de difficulté d'interprétation des clauses, il convient de se souvenir que le juge australien adopte souvent une lecture plus restrictive qu'en France, se tenant strictement aux stipulations telles qu'elles sont rédigées dans le contrat.
- b) les récents amendements apportés par le Gouvernement en matière d'*insolvency laws* qui, pendant la crise du Covid-19, rendent temporairement plus difficile le recouvrement des dettes par les créanciers.

1.4 Ces options de suspension et d'aménagement du contrat sont principalement déterminées par accord mutuel, c'est-à-dire que toutes les parties s'accordent pour soit en retarder l'exécution soit en aménager les termes de façon à tenir compte de l'incertitude actuelle. Dans ce cas de figure, une partie ne peut pas passer en force. La résiliation, elle, obéit à un régime différent.

2. SUSPENSION OU RESILIATION POUR CAS DE FORCE MAJEURE

2.1 Le droit australien étant fondé sur la *Common Law*, les parties ne sont pas autorisées à résilier un contrat pour événement relevant de la force majeure (concept d'origine française), sauf si le contrat prévoit expressément la résiliation du fait de cet événement en particulier. En d'autres termes, il est peu probable qu'une clause de force majeure soit appliquée dans un contrat si l'événement en question n'est pas expressément visé. En cas de contentieux, le juge aura tendance à appliquer le contrat à la lettre (c'est une des raisons pour lesquelles les Français s'étonnent toujours de la longueur des contrats australiens par rapport aux contrats français : en l'absence de codes et de cadre légal, il est nécessaire de tout prévoir sinon ce ne sera pas pris en compte).

2.2 En outre, pour se prévaloir d'une clause de force majeure, l'exécution du contrat doit aussi être à proprement parler « impossible ». Autrement dit, l'exécution ne doit pas être seulement plus difficile, plus coûteuse ou incommode, mais impossible.

2.3 Dans ce contexte juridique, la qualification d'un événement comme relevant de la force majeure dépendra donc essentiellement des termes mêmes de sa définition telle qu'elle est rédigée dans la clause du contrat. En général, une clause de force majeure énumère dans sa définition des événements tels les grèves, la paralysie des entreprises par des mouvements sociaux, la guerre, les émeutes, etc. Il est en revanche moins fréquent qu'une clause fasse directement référence à une pandémie (lacune dont il est à prévoir que tous les juristes du monde vont désormais s'atteler à corriger au plus vite pour le futur).

2.4 Tout dépend donc de la rédaction de la clause dans votre contrat mais si la pandémie ne figure pas dans la liste des événements de force majeure, il vous sera impossible de l'invoquer. Des questions d'interprétation se posent cependant dans quelques cas, notamment lorsque la clause inclut des décisions gouvernementales ou administratives comme constituant un événement de force majeure, ce qui pourrait éventuellement être applicable dans le cadre de la crise actuelle. Ce peut être également le cas lorsque la définition contractuelle d'un événement de force majeure ne se limite pas à la seule énumération de circonstances spécifiques et que, par exemple, la clause inclut des mots tels que « pour une raison indépendante de la volonté des parties ». Dans de tels cas, il reste possible de démontrer que la clause inclut des circonstances telles que celles des paralysies observées dans le cadre de la présente pandémie. Selon ce que stipule la clause, la reconnaissance de la force majeure peut permettre de suspendre l'exécution du contrat mais souvent la clause prévoit une pure et simple résiliation si la période se prolonge.

3. RESILIATION – “FRUSTRATION”

3.1 Il existe en droit australien un concept juridique appelé “*frustration of contract*”, lequel peut se définir comme l'impossibilité d'exécuter un contrat. Pour que cette doctrine contractuelle

s'applique, il faut la survenance d'un événement rendant le contrat impossible (« *frustrating event* ») sans que cette impossibilité ne résulte de la faute de l'une ou l'autre partie¹.

3.2 L'événement en question doit altérer de manière profonde la nature des obligations respectives (un simple retard n'entre pas dans le champ d'application), allant largement au-delà de ce qui était envisagé par les parties lors de la conclusion du contrat². L'événement rendant le contrat impossible doit être au-delà de ce qui était raisonnablement prévisible.

3.3 Pour qu'un tel événement puisse mettre fin aux obligations respectives des parties, le contrat lui-même doit ne pas en faire mention (sinon le juge se référera strictement à ce qui est stipulé)³.

3.4 Voici quelques exemples typiques de ruptures d'un contrat survenues dans le cadre du concept de « *frustration* »:

- a) la destruction physique de l'objet même du contrat⁴ ;
- b) la modification d'une ou plusieurs loi(s) rendant la délivrance du produit ou de la prestation illégale (ce qui pourrait être pertinent dans le cadre du COVID-19)⁵ ;
- c) lorsque les obligations contractuelles deviennent pratiquement impossibles en raison d'un changement du droit (ce qui pourrait être pertinent également)⁶ ;
- d) une injonction interdisant de faire (*idem*)⁷ ;
- e) la non-réalisation d'un événement qui a constitué la base même du contrat⁸ ;
- f) le déclenchement de la guerre⁹.

3.5 En outre, il y a aussi impossibilité contractuelle lorsqu'un événement se produit hors du contrôle des parties, lequel retarderait indéfiniment les prestations attendues comme par exemple leur report indéfini. Dans la jurisprudence *Denny v James B Fraser*¹⁰, le juge a considéré que « l'on devait se

¹ Bank Line Ltd v Arthur Capel & Co [1919] AC 435 at 452; Joseph Constantine Steamship Line Ltd v Imperial Smelting Corp Ltd [1942] AC 154 at 160-161.

² Cricklewood Property and Investment Trust Ltd v. Leighton's investment Trust Ltd [1945] A.C. 221, 228, Viscount Simon L.C.

³ The Eugenia 1964 2 QB 226 at 239.

⁴ Taylor v Caldwell (1863) 122 ER 309.

⁵ Scanlans New Neon Ltd v Tooheys Ltd (1943) 67 CLR 169.

⁶ Scanlans New Neon Ltd v Tooheys Ltd (1943) 67 CLR 169.

⁷ Codelfa Construction Pty Ltd v State Rail Authority of NSW (1982) 149 CLR.

⁸ Krell v Henry (1903) 2 KB 740.

⁹ Metropolitan Water Board v Dick, Kerr & Co Ltd (1918) AC 969.

¹⁰ Denny, Mott & Dickson Ltd v. James B. Fraser & Co. Ltd [1944] A.C. 265, 8 [1956] A.C. 696. 9. At p. 724

trouver libéré de ses obligations lorsque celles-ci sont frappées de stérilité (rendues impossibles) pour une durée future indéterminée ».

3.6 Lorsque les conditions sont réunies, l'application de la doctrine de « *frustration* » entraîne la résiliation pure et simple du contrat. Les obligations respectives futures pesant sur les parties sont levées, ce qui ne porte que sur celles qui n'étaient pas devenues exigibles avant l'événement rendant l'exécution impossible. A l'inverse, les parties demeurent juridiquement tenues à toutes les obligations déjà exigibles ou exécutées avant la « *frustration* »¹¹.

3.7 En général, aucune des parties n'étant en faute, aucune ne peut réclamer des dommages et intérêts. Cependant, la *Frustrated Contracts Act 1978* (NSW – applicable dans l'Etat du NSW)¹² prévoit quelques exonérations lorsqu'un contrat a été résilié. Par exemple:

- a) Son article 12 prévoit que, lorsqu'un contrat est résilié et qu'une partie au contrat a déjà réglé une somme en exécution du contrat résilié, ce montant doit être remboursé.
- b) L'article 13 de la Loi prévoit que si une des parties a déjà accompli un acte quelconque en vue de la réalisation du contrat et que, de ce faisant elle a subi un préjudice, alors cette partie est en droit d'en exiger la moitié de la valeur à titre de juste compensation.

4. BAUX COMMERCIAUX

4.1 Les baux ne contiennent généralement aucune stipulation relative à la force majeure. En revanche, il est courant qu'en vertu du bail un locataire soit tenu (i) de signaler tout cas de maladie infectieuse au propriétaire et ensuite (ii) de se conformer aux instructions ou injonctions du propriétaire ou de l'autorité publique. Dans ces conditions, si l'entreprise locataire est fermée par une ordonnance de santé publique, il lui sera difficile de réclamer une exonération du loyer.

4.2 Certains baux contiennent également une clause permettant de réduire le loyer si les locaux deviennent inutilisables pour le locataire. Cependant, la possibilité pour le locataire de réclamer une telle exonération ou réduction dépend étroitement du libellé de la clause du bail. Par exemple, certaines clauses de réduction du loyer ne sont liées qu'à des dommages purement physiques des locaux, ce qui n'inclurait pas la pandémie.

4.3 Si les locaux loués se situent dans un centre commercial et que le centre commercial est fermé du fait de la pandémie, le locataire peut être protégé par la législation sur les baux commerciaux applicable dans chaque Etat. Par exemple, dans le NSW, l'article 34 du *Retail Leases Act 1994* (NSW) prévoit que si le propriétaire empêche l'accès du locataire à son local, le locataire est en droit de réclamer une compensation raisonnable. Cependant, cela dépendra également de la question de savoir si le propriétaire a agi raisonnablement pour empêcher la fermeture et si le propriétaire opère cette fermeture sur ordre d'une autorité publique.

4.4 En l'absence de stipulations expresses ou de protection législative, le locataire conserve toujours la possibilité de faire une réclamation à l'encontre du propriétaire pour non-respect par ce dernier de l'engagement de fournir une jouissance paisible des locaux loués.

¹¹ Hirli Malil v Cheong Yue Steamship Co. Ltd [1926] A/C 497, 510.

¹² There is similar legislation in South Australia (*Frustrated Contracts Act 1988* (SA)), Victoria (*Frustrated Contracts Act 1959* (Vic)).

4.5 L'objet même de ce type de couverture est de protéger les entreprises contre les pertes résultant d'une catastrophe ou d'une urgence (événement assurable). Le déclencheur habituel de ce type d'assurance est lorsque le bien assuré subit une perte à la suite de l'événement assurable.

4.6 Comme pour la force majeure, les termes de la police d'assurance dicteront exactement quels événements sont couverts à titre d'événements assurables. Il convient donc de relire attentivement la police d'assurance et tout dépendra du libellé de la clause et en particulier si les pandémies figurent parmi les événements assurables. A défaut, il est peu probable que la pandémie soit couverte par la police d'assurance.

5. MODIFICATIONS TEMPORAIRES APPORTEES AU REGIME AUSTRALIEN DE L'INSOLVABILITE

5.1 Le 22 mars 2020, le Premier ministre australien a annoncé la mise en place temporaire d'un «bouclier» et d'un «assouplissement» en matière d'insolvabilité des entreprises et de faillite personnelle durant la crise du COVID-19. L'objectif est de limiter le nombre des fermetures de sociétés et businesses et de contrecarrer par la même occasion le chômage qui en résulterait. Ces annonces sont les suivantes :

- a) Relèvement des seuils minimums pour qu'un créancier soit autorisé à :
 - (i) engager une procédure de recouvrement appelée « *statutory demand* » à l'encontre d'un débiteur, le seuil étant porté de la somme actuelle de 2 000 \$ minimum à la somme de 20 000 \$ (il s'agit d'une procédure assez formaliste mais très efficace, qui est spécifique à l'Australie) ;
 - (ii) émettre un avis de mise en faillite personnelle à l'encontre d'un débiteur personne physique, ce seuil étant augmenté de 5 000 \$ minimum à 20 000 \$;
- b) En outre, le délai dont dispose le débiteur pour se conformer à l'une ou l'autre des procédures ci-dessus sera porté à 6 mois au lieu de 21 jours en temps normal.
- c) En dernier lieu, les mandataires sociaux (« *Directors* ») seront protégés contre la mise en cause de leur responsabilité personnelle (extension du passif social sur leurs biens propres) pour les opérations effectuées alors que la société se trouverait en situation de cessation des paiements (« *insolvency* »).

5.2 Ces aménagements à caractère temporaire entrent en vigueur à compter du 25 mars 2020 pour une durée de 6 mois. En outre, ces aménagements ne s'appliqueront que pour les procédures visées ci-dessus engagées après le 24 mars 2020.

Article rédigé par le cabinet McLachlan & Thorp et traduit par Frédéric Venière
Contact:

Frédéric Venière | Consultant

Avocat – Doctor of Laws – PhD

Registered with the Paris Bar (Barreau de Paris)

Registered as Foreign Lawyer with NSW Law Society

Mobile: (+61) 0466 378 740

Level 19, 1 Castlereagh Street, Sydney NSW 2000 / W: www.mtpartners.com.au

McLACHLAN | **THORPE**
PARTNERS