

CRISE COVID-19 : RUPTURE, SUSPENSION DES CONTRATS, IMPOSSIBILITÉ MATÉRIELLE OU FINANCIÈRE D'EXÉCUTION

L'expertise financière en contentieux au cœur du système de gestion des risques contractuels dans l'environnement Covid-19

par Céline Leroy
Associée Eight Advisory

Dans le contexte actuel d'incertitudes fortes sur la capacité, voire l'intérêt d'exécuter des contrats, les problématiques juridiques autour des thèmes « force majeure », « impossibilité d'exécution » ou « forclusion en droit américain – imprévision » ont récemment fait l'objet de plusieurs publications.

Le sujet ne saurait toutefois se limiter aux seules incertitudes juridiques. En effet, en tout premier lieu, le dirigeant d'entreprise est contraint de s'interroger sur l'impact réel de la crise du Covid-19 sur l'exécution des contrats en cours ou la finalisation de ceux en cours de négociation. Comment identifier ces risques et les gérer au mieux ? Autant de questions qui vont devenir essentielles pour les dirigeants d'entreprise dans la conduite de leur activité au cours des prochaines semaines.

Face aux problématiques à la fois opérationnelles et financières susceptibles d'en résulter, l'entreprise peut trouver de l'aide dans le support de l'expert financier.

Les travaux qui doivent être réalisés viendront en complément des scénarios plus larges de reprise d'activité car les sociétés ont besoin également d'avoir une visibilité sur les risques relatifs à leurs contrats majeurs. Pour cela, elles doivent dès à présent se doter des outils leur permettant de piloter ce risque à court terme et à moyen terme. Cette gestion du risque contractuel lié au Covid-19 comporte trois phases-clés : 1) l'identification des contrats à risque, 2) l'évaluation du risque et la prise de décision et 3) la gestion *a posteriori* du risque contentieux.

■ Identifier les contrats à risque et établir une « cartographie des risques »

À la lecture de la presse économique et financière avec un prisme orienté risque contractuel et contentieux, nous pouvons isoler plusieurs facteurs de risque pouvant remettre en cause l'exécution des contrats dans le cadre de la crise Covid-19 actuelle.

À « court terme », les contrats à risque sont les contrats pour lesquels il existe :

Un jalon de paiement significatif

À titre d'illustration, nous pouvons citer le dossier médiatique de l'annonce de la suspension du règlement des droits de retransmission des matchs de la Ligue 1 et de la Ligue 2 jusqu'à la reprise de la saison, tout d'abord par Canal+ puis par BeIN Sports. Le montant de l'échéance du 5 avril 2020 était respectivement de 110 millions d'euros et 42 millions d'euros.

Un objet ou un intérêt, en particulier le prix, remis en cause par l'impact de la crise liée au Covid-19

On peut ici citer l'exemple de Xerox qui a annoncé le 31 mars 2020 abandonner son offre publique d'achat hostile sur HP, considérant que « la crise sanitaire mondiale actuelle et les turbulences macroéconomiques et de marché qui en résultent provoquées par le Covid-19 ont créé un environnement qui n'est pas propice à la poursuite de l'acquisition de HP Inc. ». D'autres exemples encore plus récents⁽¹⁾ peuvent être mentionnés, comme l'annonce de l'abandon du rachat par LFPI Gestion de Document Store, PME spécialisée dans la fourniture de matériel et de services d'impression et de gestion documentaire, ou encore la recherche d'une porte de sortie par Abenex sur le rachat à Montefiore de la société monégasque Cruiseline⁽²⁾. À chaque fois, les très fortes incertitudes sur les prévisions d'activité, les *business plans*, la capacité à trouver des financements, ainsi que l'évolution des taux d'intérêts sont des facteurs de risques majeurs pour les transactions en cours.

À « moyen terme », il s'agit d'analyser le risque contractuel sous l'angle du co-contractant, en portant une attention particulière aux contrats pour lesquels :

Un co-contractant intervenant dans l'un des secteurs d'activité est très fortement impacté par Covid-19

Aujourd'hui, il ressort très clairement des études mondiales que le secteur du tourisme et des loisirs (hôtellerie, transports, compagnies aériennes, les parcs d'attraction, les restaurants...) est très lourdement impacté par la crise du Covid-19. Le groupe Accor a ainsi annoncé, le 2 avril 2020, avoir fermé les deux tiers de ses hôtels. De la même manière, le secteur de la distribution non alimentaire est directement concerné du fait de la fermeture de ses magasins.

(1) « Le Covid-19 remet en question le LBO de Document Store avec LFPI », Capital Finance – Les Échos, 30 mars 2020.

(2) « Abenex cherche à se désengager du rachat de Cruiseline », AGEFI Quotidien, 23 mars 2020.

Des mesures de réduction des investissements ont été annoncées, en particulier pour les contrats qui ne sont pas « core business »

Cette tendance se pressent à la lecture des *profit warnings*³ publiés par les groupes cotés sur leurs prévisions. Le cimentier LafargeHolcim a par exemple annoncé le 27 mars 2020 une réduction d'au moins 400 millions de francs suisses (presque 377 millions d'euros) de ses investissements en 2020 (par rapport à 2019). L'objectif de révision des charges opérationnelles est par ailleurs fixé à 300 millions de francs suisses. Le groupe Saint-Gobain souhaite quant à lui reporter « tous les projets possibles prévus pour les prochains mois » et prévoit une baisse des investissements industriels en 2020, « très significativement au-delà des 200 millions d'euros de réduction initialement annoncés ». Lundi 23 mars 2020, Total a pour sa part annoncé une réduction de plus de 20 % de ses dépenses d'investissements organiques pour ramener les investissements nets à moins de 15 milliards de dollars (environ 14 milliards d'euros).

Dans ce contexte et afin de pouvoir piloter au mieux son risque contractuel, il apparaît alors essentiel que cette analyse d'identification des contrats significatifs à risque soit réalisée. Un outil que nous mettons en place sur nos missions est justement l'élaboration d'une cartographie des risques contractuels Covid-19. Cet outil, qui offre une grande flexibilité, permet de monitorer le risque et de l'adapter en fonction de l'évolution des besoins.

■ Faire un diagnostic de la situation financière de chaque contrat significatif et de l'impact des différents scénarios de continuation ou de sortie

Pour les contrats identifiés comme à risque, le dirigeant d'entreprise doit être capable de mesurer au mieux l'impact de la crise Covid-19 sur l'exécution de chacun de ces contrats. Cette analyse repose nécessairement sur une modélisation des différents scénarios de sortie de crise.

Comme nous l'illustrerons par plusieurs exemples, les situations sont multiples et souvent complexes. Il convient alors d'avoir une approche impartiale de la situation et la plus exhaustive et étayée possible, démarche que peut apporter un expert financier spécialisé en contentieux.

En effet, dans cet environnement économique devenu brutalement incertain, l'expert financier qui a un savoir-faire en réclamations et contentieux est en mesure d'aider les entreprises dans l'analyse financière de la situation. Il intervient toujours en

support de l'analyse juridique. Son rôle premier n'est toutefois pas de quantifier les dommages d'une rupture ou d'une suspension de contrat, mais avant tout, en amont, d'accompagner les sociétés pour quantifier les impacts de la crise du Covid-19, sur la rentabilité de leurs contrats, souvent en modélisant plusieurs scénarios. Cette analyse est indispensable pour envisager une renégociation et, dans les situations extrêmes, pour justifier ou vérifier, d'un point de vue financier, du bien-fondé de la décision de rompre ou de suspendre un contrat.

Il s'agit en réalité du renforcement d'un pan « secondaire » de l'expertise financière en contentieux, la justification économique du bien-fondé de la demande de renégociation ou de la décision de la rupture ou de la suspension de l'engagement contractuel. Son analyse porte alors sur le fait générateur de la décision, ce qui est clé quel que soit le dispositif juridique utilisé car, même en cas de force majeure, il convient d'être en mesure de prouver que la société était dans l'impossibilité d'exécuter le contrat y compris en ayant recours à des solutions alternatives.

L'équipe « litigation » d'Eight Advisory est ainsi mobilisée depuis désormais plus d'un mois, aux côtés de ses clients et de leurs conseils juridiques, i) sur la collecte de l'information historique de la rentabilité du contrat, ii) sur la modélisation du nouveau *business plan* du contrat (rentabilité attendue une fois prises en compte les hypothèses et estimations de l'impact du Covid-19) et iii) sur la détermination de la probabilité de réalisation permettant de travailler souvent sur plusieurs scénarios possibles.

Dans le cadre d'un déséquilibre significatif du contrat, l'approche est alors similaire à celle mise en œuvre pour justifier ou vérifier le bien-fondé de l'application d'une clause de *hardship*. Nous venons par exemple de traiter ce type de cas dans le cadre de l'exécution d'un contrat de commissionnement de transport dont l'équilibre financier devenait totalement déséquilibré suite à une forte réduction du volume de marchandises transportées, et ce malgré les mesures palliatives mises en œuvre.

Dans le cadre d'une demande de suspension de l'exécution d'un contrat, comme cela peut être le cas dans le cadre d'un projet informatique d'envergure mais également pour tous les contrats de prestation de services de longue durée, il convient d'aider le dirigeant et les opérationnels à simuler l'impact financier de la suspension du contrat en fonction des mesures d'accompagnement utilisées (chômage partiel, garde d'enfant, congés...). Cette assistance peut également porter sur l'estimation des coûts de reprise du contrat liés à la reconstitution d'une équipe, la montée en puissance et les éventuels coûts d'intercontrats si la reprise ne devait pas concerner l'intégralité de l'équipe.

Dans le cadre de processus d'acquisition de sociétés, l'un des leviers possibles est l'utilisation des clauses « MAC », pour *Material Adverse Change*, qui permet à un acquéreur ou à un prêteur de pouvoir se désengager d'une opération suite à la survenance d'un élément défavorable important remettant en cause la valeur de la cible. D'un point de vue financier, il convient alors d'être en mesure de démontrer l'impact significatif de l'événement sur la valeur de la cible et de vérifier si elle correspond aux critères précisés dans la clause. Pour mémoire, dans le dossier américain Fresenius-Akorn dans lequel la Cour suprême du Delaware⁴ devait se prononcer sur l'application de la clause « MAC » par Fresenius pour renoncer à acquérir son rival Akorn, la Cour a reconnu pour la première fois que cette clause permettait un désengagement de l'acquéreur et pas uniquement une révision à la baisse du prix de la cible.

En l'absence de « MAC clause » ou d'autres clauses résolutoires permettant de se désengager, l'acquéreur doit alors être en mesure de

Pour les contrats identifiés comme à risque, le dirigeant d'entreprise doit être capable de mesurer au mieux l'impact de la crise Covid-19 sur l'exécution de chacun de ces contrats

(3) *NDLR* : avertissements sur résultats, c'est-à-dire annonce de résultats décevants par rapport à ce qui était attendu.

(4) CS Delaware, 1^{er} oct. 2018, C.A. n° 2018-0300-JTL, <https://courts.delaware.gov/Opinions/Download.aspx?id=279250>.

quantifier les dommages et intérêts qu'il pourrait devoir si le désengagement devait être considéré comme fautif. Ce point n'est pas à négliger, nous recevons déjà des appels en ce sens de cabinets d'avocat qui accompagnent leurs clients dans cette réflexion.

Enfin, dans les dossiers les plus sensibles et les plus complexes,

La diversité des exemples démontre à quel point il est important de disposer de l'ensemble des paramètres financiers permettant l'évaluation la plus précise possible des risques liés à l'exécution ou à l'inexécution des contrats dans le cadre de la crise Covid-19

nous pouvons être amenés à modéliser en amont les impacts des différents scénarios de sortie de l'engagement contractuel. Ces scénarios peuvent aller de la renégociation, en passant par la rupture pour faute, faute aux torts exclusifs, voire, à l'extrême, à la rupture pour impossibilité d'exécution suite à l'ouverture d'une procédure collective consécutive à un état de cessation de paiements. Ces analyses intègrent alors les impacts sur le *business*

plan du projet, les surcoûts d'exécution mais également les coûts de sortie, qu'il s'agisse de pénalités ou de mesures de restructuration. Nous pouvons également intégrer l'analyse des conséquences en termes d'image et de réputation, d'accès à de nouveaux marchés ainsi que les conséquences sur l'ensemble du tissu économique, en particulier sur les sous-traitants.

Il me paraît important de souligner que cette expertise et approche n'est pas antagoniste avec l'objectif premier qui est, dans la plupart des situations, de pouvoir trouver une issue favorable aux deux parties, par la négociation. La pérennité du projet et, plus largement, celle de la relation commerciale avec le cocontractant mais aussi les sous-traitants, les fournisseurs et ses propres clients sont des facteurs critiques à prendre en considération. La modélisation des impacts permet un échange et une négociation basée sur des éléments factuels et étayés.

La diversité de ces exemples démontre à quel point il est important de disposer de l'ensemble des paramètres financiers permettant l'évaluation la plus précise possible des risques liés à l'exécution ou à l'inexécution des contrats dans le cadre de la crise Covid-19, et de modéliser plusieurs scénarios compte tenu des incertitudes existantes pour appréhender la sensibilité de l'impact de chacune des hypothèses envisagées et permettre aux dirigeants d'entreprise d'avoir la visibilité nécessaire pour prendre les décisions.

Les étapes-clés

1. Établir une cartographie des risques – Identification des contrats à risque.
2. Faire un diagnostic de la situation financière du contrat et de l'impact des différents scénarios de continuation ou de sortie.
3. Collecter les éléments de preuve de demain sur le bien-fondé de la décision.

■ Collecter les éléments de preuve de demain sur le bien-fondé de la décision

A posteriori, par expérience, le risque majeur est de devoir reconstituer les simulations réalisées « à l'époque » pour prendre la décision sur la poursuite d'une relation contractuelle : les impacts estimés, mais surtout des scénarios envisagés non retenus, voire, dans certaines situations, l'équilibre initial du contrat lors de sa signature, etc.

Car, « ne nous mentons pas », il n'est pas rare que la documentation formalisée au moment de la prise de décision, tout le moins conservée et centralisée, ne contienne pas toute l'information financière nécessaire à une justification ultérieure. Dans la plupart de nos dossiers, nous faisons réellement de la « spéléologie » à la recherche des sous-jacents et des modèles sous-tendant le *business plan* du contrat ou du projet.

La réalisation, au moment de la décision, de ce travail de modélisation et de documentation prendra toute son importance dans les situations pour lesquelles aucune solution amiable n'aura pu être trouvée et qu'un contentieux sera né. Les juges ou arbitres auront en effet à apprécier la situation dans un horizon de temps de douze ou dix-huit mois, c'est-à-dire « à froid », après la crise, sur la base de la documentation mise à leur disposition. Ils auront nécessairement un œil critique pour s'assurer que la partie n'a pas profité d'un effet d'aubaine, mais a pris une décision justifiée au regard des éléments à sa disposition à l'époque, c'est-à-dire... aujourd'hui. Enfin, et même s'il s'agit d'une pratique plutôt anglo-saxonne que nous retrouvons en arbitrage, la société devra être en mesure de prouver qu'elle a cherché des solutions alternatives ainsi que les moyens pour réduire les impacts et le préjudice. Il s'agit de la notion de « mitigation » à laquelle les juridictions françaises portent également une attention particulière.

Ainsi, la gestion opérationnelle de ce type de situations, en particulier dans un climat d'urgence, peut entraîner une insuffisance de documentation expliquant les décisions prises, à commencer par le contenu des échanges avec l'autre partie ou la preuve de la volonté de trouver une solution amiable. Réalisés au plus fort de la crise, ces travaux d'analyse des impacts et de la justification économique de la solution retenue prendront alors une importance capitale.