

## Finance : deux arrêts rendus à New York invoquent l'inexécution anticipée comme motif de résolution unilatérale

Pierre Félix de Ravel d'Esclapon  
*Avocat au barreau de New York,  
 Of Counsel, Dewey & LeBoeuf,  
 Professeur invité HEC-MBA*

Deux affaires récentes portées devant les tribunaux de New York illustrent comment la doctrine anglo-saxonne de la résolution pour « inexécution par anticipation » d'un contrat peut être invoquée dans le domaine de la finance.

Dans ses grandes lignes, cette doctrine permet au créancier de l'obligation, sans avoir à attendre le terme de celle-ci, de considérer le contrat résolu dès lors que le débiteur de l'obligation, soit par des actes volontaires rendant l'exécution impossible, soit par des déclarations expresses, démontre une intention manifeste et claire de ne pas exécuter son obligation à la date promise<sup>1</sup>. Lorsqu'il y a résolution pour inexécution par anticipation, le créancier peut exiger immédiatement les dommages et intérêts découlant d'une rupture totale du contrat<sup>2</sup>.

Dans la première décision, *BT Triple Crown Merger Co et al. vs Citicorp USA Inc., Morgan Stanley et al.*<sup>3</sup>, rendue le 7 mai 2008 en première instance par le juge Freedman de la Cour Suprême de New York, Triple Crown, véhicule créé par Bain Capital et Thomas Lee Partners pour l'acquisition de la société Clear Channel, avait négocié un prêt de 22 milliards de dollars afin de réaliser cette acquisition. L'engagement de financement du syndicat bancaire avait été matérialisé par une lettre d'engagement ("*Commitment Letter*") en mai 2007. Celle-ci, selon l'usage, conditionnait la mise en place du prêt à la signature d'un contrat formel de prêt reflétant les termes de la lettre. Cette dernière donnait à Triple Crown la possibilité de tirer le prêt le 27 mars 2008, à condition que les parties se soient entendues sur ledit contrat de prêt.

Selon Triple Crown, les banques auraient eu un « accès de frilosité » peu après la signature de la Lettre et auraient cherché à ne pas exécuter leur obligation de financement en imposant lors des négociations de

décembre 2007 des conditions draconiennes dans le contrat de prêt, conditions, selon Triple Crown, incompatibles avec la Lettre : telle l'interdiction pour Clear Channel après l'acquisition de tirer sur la ligne de crédit pour rembourser des obligations subordonnées dues en 2009, l'interdiction faite à Clear Channel de proroger la date de maturité de 2,5 milliards de dollars de notes payables en 2010 et l'imposition de « seuils » trop faibles d'endettement maximum, d'investissements et de ventes d'actifs (les "Conditions").

S'appuyant sur des échanges de courriels de décembre 2007 et février 2008 entre employés des différentes banques obtenus par la procédure de "*discovery*" dans lesquels ceux-ci écrivent « rédigeons la version nucléaire » ou encore « il est temps d'ôter les gants », Triple Crown a plaidé que ce comportement des banques est une indication claire de la volonté des banques de considérer que les conditions précitées étaient à prendre ou à laisser et, par conséquent, la preuve de l'intention des banques de ne pas exécuter leur obligation de financement.

Après avoir rappelé les éléments de la doctrine de l'inexécution par anticipation, le juge a noté que cette doctrine peut aussi être appliquée lorsqu'un cocontractant adopte une attitude de « *c'est à prendre ou à laisser* » en refusant d'exécuter son obligation sauf si l'autre accepte des conditions qui vont au-delà des termes du contrat<sup>4</sup>. L'affaire étant présentée par les banques au juge sous forme de requête pour débouter l'action de Triple Crown ("*motion for summary judgment*") qui, pour être accordée, exige une absence de contestation des faits, le juge a décidé que la preuve rapportée à ce stade était suffisante pour justifier un procès sur les deux questions clés pour le succès du moyen tiré de l'inexécution par anticipation : les banques ont-elles donné un ultimatum et les Conditions

1 Restatement 2d Contracts § 250 ; *Norcon Power Partners, L.P. vs Niagara Mohawk Power Corp.* 92 N.Y.2d 458,463 (1998). Cette doctrine appelée "*anticipatory breach*" ou "*anticipatory repudiation*" a pour origine l'arrêt anglais *Hochster vs De La Tour* 118 Eng. Rep. 922 (Q.B.1853). V. *Murray on Contracts* I-7 § 109 pour un historique de cette doctrine.

2 *American List Corp. vs US News&World Report, Inc.* 75 N.Y.2d 38,44 (1989). La détermination du *quantum* des dommages et intérêts dans le cas de contrats à long terme soulève d'épineux problèmes de preuve de ce qui, à la signature du contrat, pouvait être « raisonnablement prévu ou prévisible » : v. *Norcon Power Partners, supra* ; *Tractebel Energy Marketing vs AEP Power Marketing*, 487 F.3rd 89 (2d Cir. 2007) et Note : "A not intractable problem : reasonable certainty, Tractebel, and the problem of damages for anticipatory breach of a long-term contract in a thin market" 108 Colum.L.R. 452 (2008).

3 19 Misc.3rd 1129A, 239N.Y.L.J.92 (2008).

4 *IBM Credit Finance Corp. vs Mazda Motor Mfg (USA) Corp.* 92 N.Y.2d 989,993 (1998) ; *O'Connor vs Sleasman*, 830 N.Y.S.2d 377 (3rd Dept 2007).

posées sont-elles en contradiction avec la Lettre ?  
Affaire à suivre donc.

La deuxième décision, *Merrill Lynch International (MLI) vs XL Capital Assurance, Inc. (XLCA)*<sup>5</sup>, rendue le 15 juillet 2008, met en exergue les difficultés d'interprétation des contrats de couverture de risques de crédit dits *Credit Default Swaps* (CDS). Au cours du premier semestre 2007, MLI propriétaire des tranches A-1 et A-2 de sept CDOs<sup>6</sup> d'une valeur notionnelle de 3,1 milliards de dollars cherche à couvrir ses risques de crédit sur ces CDOs et, dans un premier temps, obtient une couverture pour la tranche A-2 auprès de XLCA, un rehausseur de crédit. Comme il est usuel, en contrepartie de la couverture, XLCA obtient de MLI l'engagement que MLI n'exercera ses droits de vote qu'elle détient en qualité de propriétaire des tranches A-1 et A-2 « que selon les instructions écrites de XLCA ». L'inexécution des instructions permet à XLCA de résilier le CDS.

Quelques semaines plus tard, s'étant donc couverte sur les tranches A-2 des sept CDOs, MLI, le 29 août 2007, obtient une couverture de ses risques sur les tranches A-1 de six des sept CDOs (sauf Jupiter) cette fois-ci auprès de MBIA, un autre rehausseur, prenant également l'engagement auprès de MBIA de n'exercer ses droits de vote que selon les instructions écrites de MBIA. Reconnaisant le potentiel de conflit sur les instructions de vote, les parties conviennent que si MLI ne respecte pas les instructions de MBIA le seul recours de MBIA sera de résilier la protection offerte.

Le 22 février 2008, XLCA notifie à MLI qu'elle résilie six des sept CDS au motif que l'obligation contractée par MLI de suivre les instructions de MBIA sur les tranches A-1 était incompatible avec l'engagement pris par MLI de suivre les instructions de XLCA et, de ce fait, constituait une inexécution par anticipation de la part de MLI. Le 29 février, MLI répond que sur les six CDS elle n'est pas en défaut d'exécution de ses obligations, qu'aucun des autres engagements que MLI aurait pu prendre n'empêcherait MLI de remplir ses obligations vis-à-vis de XLCA et qu'elle considère donc comme fautive la résiliation décidée par XLCA.

MLI diligente une action contre XLCA le 19 mars 2008 demandant au tribunal de déclarer nul et non avenue les avis de résiliation des sept CDS. En réponse, XLCA concède que MLI n'a pas refusé d'exécuter son obligation de suivre les instructions de XLCA puisque

XLCA ne lui en a pas encore donné, mais plaide que les engagements pris par MLI auprès de MBIA constituent une inexécution par anticipation de son obligation.

Après avoir rappelé les éléments de la doctrine de l'inexécution par anticipation telle qu'appliquée par les tribunaux de New York, le juge conclut que la position plaidée par XLCA n'est pas compatible avec les clauses des contrats XLCA ou MBIA. Contrairement à l'interprétation de XLCA, MLI n'a pas cédé à XLCA ses droits de vote inconditionnellement. Tout ce que le CDS stipule est que si MLI refuse les instructions de XLCA, MLI perd la couverture de XLCA et devient redevable de certaines sommes à XLCA. Le tribunal distingue alors cette situation de celle de l'arrêt *Computer Possibilities Unlimited vs Mobil Oil Corp.*<sup>7</sup>, où le demandeur avait pris l'engagement de donner au défendeur le droit exclusif d'établir les prix que le demandeur pouvait pratiquer et le demandeur avait ensuite cédé ce même droit exclusif à un tiers. Dans ce cas, le tribunal a estimé qu'il était impossible au demandeur d'exécuter l'obligation contractée envers le défendeur. Le juge observe que MLI a pleinement conservé le droit de respecter les instructions de XLCA, même si le prix à payer est la résiliation de la couverture MBIA<sup>8</sup>. À la lumière de la jurisprudence des tribunaux newyorkais en matière de résiliation par motif d'inexécution par anticipation, le tribunal estime que la question fondamentale est de savoir si, en contractant six CDS avec MBIA pour une couverture sur les six mêmes CDOs, MLI « s'était rendu incapable d'exécuter ses obligations découlant des CDS contractés avec XLCA »<sup>9</sup>. Sur la base du langage utilisé par les parties dans les CDS conclus entre XLCA et MLI le tribunal estime qu'il faut répondre à la question par la négative.

La résiliation du CDS couvrant le CDO Jupiter soulève une question intéressante : XLCA était-elle en droit d'exiger la confirmation que MLI allait exécuter ses obligations découlant du CDS couvrant Jupiter ?

Le 22 février, XLCA, par lettre constatant l'inexécution par anticipation de MLI sur six des sept CDS exige, pour le septième, Jupiter, non couvert par MBIA, confirmation de la part de MLI qu'elle respectera les instructions de XLCA. MLI ne répond pas à la demande portant sur Jupiter d'où un avis de résiliation, envoyé par XLCA le 6 mars.

5 2008 U.S. Dist. LEXIS 53467 (08 Civ.2893, Rakoff USDJ).

6 Les *Collateralized Debt Obligations* (CDO) sont un type d'obligations émises par une structure *ad hoc*. Les intérêts versés aux obligataires proviennent d'un pool de créances souvent adossées à des hypothèques, donné en garantie aux obligataires. Le droit aux intérêts provenant du pool est divisé en tranches reflétant la hiérarchie des priorités de paiement des divers créanciers obligataires. Les tranches ont des notations allant de AAA pour les « super senior » à BB pour les tranches « mezzanine ». Chacune des tranches dispose de droits de vote en cas de défaut d'exécution, les tranches les plus seniors ayant le plus de poids. Les 7 CDOs dont il est question portent les noms West Trade II et III, Silver Marlin, Tazlina, Robeco, Biltmore et Jupiter VI.

7 747 N.Y.S.2d 468,474-75 (1st Dept 2002).

8 De fait, le 25 mars 2008 MBIA donne instruction à MLI d'accélérer le paiement des CDO Biltmore et Silver Marlin. MLI, le 1<sup>er</sup> avril, demande à XLCA de lui donner les mêmes instructions. Face au silence de XLCA, MLI refuse les instructions de MBIA qui résilie les 2 CDS le 4 avril.

9 p. 8.

En corollaire de la doctrine de l'inexécution par anticipation, le *Uniform Commercial Code* (article 2-609) autorise le créancier d'une obligation ayant de sérieuses raisons de croire que son débiteur ne sera pas capable d'exécuter son obligation à exiger que le débiteur le rassure par le biais de mesures raisonnables sur sa capacité à l'exécuter<sup>10</sup>, faute de quoi le créancier a le droit de suspendre l'exécution de ses propres obligations<sup>11</sup>. Bien que l'article 2-609 UCC ne s'applique qu'aux ventes de marchandises, le *Restatement 2d Contracts* à son article 251, étend cette notion à tous les types de contrats.

Cependant, à New York, si la plus haute Cour de l'État, la New York Court of Appeals, dans l'arrêt *Norcon Power Partners*<sup>12</sup> a autorisé une application de cette doctrine en dehors du cadre strict du contrat de vente de marchandises couvert par l'article 2-609 puisqu'il s'agissait d'un contrat à long terme de fourniture d'électricité, elle a pris un soin particulier pour limiter toute extension aux contrats « étroitement analogues à des contrats de vente de marchandises »<sup>13</sup>.

Observant que le *Restatement* n'avait pas force de loi à New York et soucieux de respecter les consignes de prudence édictées par la cour d'appel de New York, le tribunal a estimé que les CDS « ont peu en commun avec un contrat de vente de marchandises » et a donc jugé l'exigence de XLCA de réassurance d'exécution par MLI infondée et par conséquent a infirmé l'avis de résiliation du CDS Jupiter.

La doctrine de la résolution unilatérale, en raison de l'inexécution par anticipation a été reprise par les Principes du droit européen des contrats<sup>14</sup> et par la Convention de Vienne sur la vente internationale de

marchandises<sup>15</sup> mais le Code civil permet-il un tel résultat ? *A priori*, le texte de l'article 1184 du Code civil semble s'y opposer. La doctrine classique n'admet pas la résolution unilatérale, elle impose au créancier d'attendre l'inexécution pour pouvoir demander au tribunal de prononcer la résolution du contrat. Cependant, comme l'ont souligné les professeurs Mestre et Fages « la première chambre civile, pas à pas, est en train de moderniser le droit français des contrats en construisant un droit jurisprudentiel de la résolution unilatérale »<sup>16</sup>, et ils citent comme point de départ de cette évolution l'arrêt *Tocqueville* du 13 octobre 1998<sup>17</sup> dans lequel la Cour de Cassation a affirmé que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls ». Aucun arrêt n'aborde la question de savoir si une anticipation d'inexécution peut constituer un comportement grave au sens de l'arrêt *Tocqueville*. Quoique les auteurs émettent des réserves sur la solution apportée par la Cour de Cassation<sup>18</sup>, la modernisation, sinon le dépeussierage du texte de 1804 a été recommandée par le Rapport Catala<sup>19</sup>. Celui-ci propose une refonte de l'article 1184<sup>20</sup> et, codifiant la position prise par la Cour de Cassation dans les arrêts *Tocqueville* et *Fanaral Europe Expertise*<sup>21</sup>, ajoute la résolution unilatérale à la panoplie des remèdes contractuels français<sup>22</sup>.

Les efforts de modernisation du droit des obligations continuent cependant d'amarrer la résolution unilatérale du contrat à l'inexécution alors que la *Common law*, plus pragmatique sans doute, permet la résolution unilatérale dès qu'il y a anticipation d'inexécution.

10 Il s'agit de la "demand for adequate assurance of due performance": NY UCC, § 2-609 que le créancier peut exiger lorsque "reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance [of the other party]", v. Garvin "Adequate assurance of performance of risk, duress and cognition", 69 Colo.L.R.71,77(1998).

11 Un civiliste pourrait reconnaître dans cette approche une forme d'*exceptio non adimpleti contractus*; v. A. Pinna, « L'exception pour risque d'inexécution » : *RTD civ.*, 2003, p. 31 ; Cass. com., 5 oct. 2004, (Art Visuel vs Hunt Europe).

12 *Supra*, n° 1.

13 *Norcon*, p. 458.

14 Art. 9-304. Inexécution par anticipation.

15 Art. 49 et 64.

16 *RTD civ.*, 2004, p. 89, obs. sur Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003 : *RLDC*, 2004/2, n° 40, note E. Garaud.

17 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, J. Mestre et B. Fages, « La résolution unilatérale s'installe doucement dans le paysage juridique français » : *RTD civ.*, 2001, p. 363 ; C. Jasmin « Vers les résolutions unilatérales du contrat » : *D.*, 1999, p. 197.

18 S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat » : *RTD civ.*, 2005, p. 223, n° 39 à 41 et les auteurs cités à la note 151.

19 Rapport Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis à M. P. Clément, garde des Sceaux, le 22 sept. 2005.

20 L'article 1158 doit remplacer l'actuel article 1184 du Code civil, v. M. Faure-Abbad, « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala » : *D.*, 2007, p. 165.

21 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2001 : *D.*, 2001, Jur. p. 1568. La première Chambre civile ajoute la précision : « peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non ». V. J. Mestre et B. Fages, *supra*, n° 17 ; D. Mazeaud, l'« Unilatéralisme en matière de résolution du contrat, nouvel épisode » : *D.*, 2001 p. 3239 ; C. Jamin « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée » : *D.*, 2001 p. 1568 ; Cass. com., 20 juin 2006.

22 M. Faure-Abbad, *supra*, p. 167 et texte aux notes 15 à 18.