

CORONA, VACCINS ET DROIT.

Rechtbank van eerste aanleg van Brussel, kamer in kortgeding, 18 juni 2021, AR 2021/48/C

Kortgeding – beoordeling prima facie Overeenkomst voor de levering van vaccins - vertraging – beding inzake reasonable best efforts - eerdere overeenkomst met een derde land gesloten door een andere vennootschap van de groep - niet-bekendmaking van deze eerdere overeenkomst – zware fout (ja) - exoneratiebeding - toepassing (nee).

Tribunal de première instance de Bruxelles, chambre des référés, 18 juin 2021, RG 2021/48/C

Référé – Appréciation prima facie Contrat de fourniture de vaccins – retard - clause de reasonable best efforts- contrat antérieur avec un pays tiers conclu par une autre société du groupe- non divulgation de ce contrat antérieur- faute lourde oui)- clause d'exonération de responsabilité- application (non).

En cause/inzake :

L'Union Européenne

Avocats/ Advocaten: Me P.A. Foriers, R. Jafferalli, F. Laune , C.E. Lambert

Astrazeneca

Avocats/ Advocaten /: Me H. Boularbah, S. De Smedt, C. Van Muylder.

Siège /Zetel

D. Grisard.

1. Het verwacht leveringscontract (APA) bepaalt dat Astrazeneca "alle redelijke inspanningen" zal leveren om, zonder verlies of winst, 300 miljoen doses vaccin voor distributie binnen de Europese Unie te produceren. Het contract is in het Engels opgesteld maar onderworpen aan het Belgisch recht.

Een exoneratiebeding is voorzien in artikel 15.1 van de APA in geval van laattijdige levering.

Artikel 13 van de APA bevat verschillende "verklaringen en garanties" waarbij Astrazeneca verklaart, verzekert en zich verbindt ten aanzien van de Europese Unie:

"e) dat zij niet onderworpen is aan contractuele of andere verplichtingen jegens een persoon of derde partij met betrekking tot de Europese beginndoses of die onverenigbaar of wezenlijk in strijd zijn met de bepalingen van deze Overeenkomst of die haar zouden belemmeren haar verplichtingen krachtens deze Overeenkomst volledig na te komen".

2. De in het APA vastgestelde termijnen lijken derhalve niet te zijn nageleefd.

Door Astrazeneca te verplichten "redelijke best efforts inspanningen" te leveren om de 300 miljoen omstreden doses in de in bijlage A genoemde productielocaties te produceren en deze binnen een welbepaalde termijn te leveren, lijken de partijen echter duidelijk en ondubbelzinnig blij te hebben gegeven van hun gemeenschappelijke wil om terzake middelenverbintenissen aan te gaan, en geen resultaatsverbintenissen.

Ook de toepassing van het criterium van het aleatoir karakter wijst op een dergelijke interpretatie: gezien de onbekendheid van de gezondheids crisis, de snelheid waarmee het productieproces werd opgezet en de onbekendheid met de massarendementen, leken de onzekerheid en het risico met betrekking tot de nakoming van deze verplichtingen op het moment van het sluiten van de APA zo groot dat Astrazeneca zou hebben geweigerd deze op zich te nemen.

3. Het feit dat artikel 6, lid 1, van het contract bepaalt dat "Astrazeneca de bevoorrading van alle nodige medicinale substanties zal verzekeren" doet niets af aan deze analyse, aangezien dit artikel de specifieke kenmerken van de verplichting (b.v. door de vaststelling van specifieke hoeveelheden of van een minimumaantal binnen een bepaalde en verplichte termijn te leveren hoeveelheden) niet voldoende aanduidt om, in het kader van een commerciële overeenkomst en volgens de gebruiken, een resultaatsverbintenis uit te maken.

Gezien de onzekerheden die verbonden zijn aan de ontwikkeling van virale vectorvaccins, en meer bepaald aan de onvoorspelbaarheid van het productierendement, leek - en lijkt - het onmogelijk om bij het begin van een industriële productie te bepalen hoeveel loten van de medicinale substantie zullen moeten worden geproduceerd om een voldoende hoeveelheid te leveren voor de vervaardiging van 300 miljoen doses van het vaccin.

Ogenschijnlijk is er geen voorzienbaar evenredig verband, of althans voldoende stabiel, tussen de te produceren doses vaccin en de daarvoor te produceren hoeveelheid medicinale substantie. De te leveren hoeveelheid medicinale substantie lijkt derhalve niet te kunnen worden berekend op basis van het aantal aan de Lidstaten te leveren doses.

In deze bijzondere contractuele context lijken de term "will ensure the supply" en/of de Engelse terminologie "shall" - die weliswaar dubbelzinnig zijn - door partijen niet te zijn gebruikt met de gemeenschappelijke bedoeling Astrazeneca een resultaatsverbintenis op te leggen, maar veeleer een middelenverbintenis.

Deze interpretatie lijkt in overeenstemming te zijn met het criterium van het aleatoir karakter en met het leveringscontract als geheel en de economie in het algemeen.

4. Wat de middelenverbintenis om alle in bijlage A vermelde productielocaties te gebruiken betreft.

Gelet op de objectieve moeilijkheden die zich in andere productielocaties hebben voorgedaan en het fluctuerend karakter van de waargenomen rendementen, zijn de door Astrazeneca aangevoerde elementen voldoende aannemelijk om te oordelen dat de Europese Unie, op wie de bewijslast rust, niet op voldoende wijze heeft aangetoond dat Astrazeneca niet de "Best Reasonable Efforts" heeft geleverd om de productielocaties Cobra en Advent te gebruiken.

Het proces dat tot de sluiting van het leveringscontract heeft geleid, lijkt aan te tonen dat Astrazeneca verplicht was haar "Best Reasonable Efforts" te leveren om de productielocaties van Halix en Oxford Biomedica te gebruiken in de mate waarin een dergelijk gebruik noodzakelijk was om het contractueel bepaalde tijdschema te halen.

Astrazeneca rechtvaardigt echter dat het de Oxford Biomedica site nooit heeft toegewezen voor Europese productie en dat het een deel van de productie van de Halix site aan het Verenigd Koninkrijk heeft geleverd vanwege een geformaliseerde prioritaire bevoorradingsovereenkomst, ondertekend op 18 en 28 augustus 2020.

Astrazeneca lijkt er dus opzettelijk voor te hebben gekozen geen gebruik te maken van de middelen waarover zij beschikte om de omstreden vaccins te produceren en te leveren, hoewel de vertraging ten opzichte van haar geraamde tijdschema toenam en het verschil tussen de geleverde en de verwachte doses steeds groter werd.

De beslissing om de site van Oxford Biomedica te monopoliseren ten voordele van het Verenigd Koninkrijk en aldus de Europese Unie van een productielocatie te ontzeggen waarin uitdrukkelijk was voorzien, lijkt des te nadeliger omdat het productierendement daar meer dan het dubbele bedraagt van dat van Novasep of Catalent.

Gezien de omvang van de vertragingen en de moeilijkheden waarmee de productiesites Novasep en Catalent te kampen hadden, zou een normaal zorgvuldige en voorzichtige farmaceutisch bedrijf dat zich in dezelfde omstandigheden van een gezondheids crisis bevindt, er niet opzettelijk voor hebben gekozen de Europese Unie alle leveringen van de meest winstgevendende productielocatie te ontzeggen, zoals Astrazeneca heeft gedaan.

Een marginale toetsing van deze zaak wijst uit dat Astrazeneca daarbij niet haar "Best Reasonable Efforts" heeft gedaan om een deel van de beloofde 300 miljoen doses binnen het verwachte tijdsbestek te produceren en te leveren.

Het feit dat Astrazeneca heeft getracht middelen te vinden om haar voorzieningscapaciteit te vergroten door haar internationale netwerk uit te breiden, verandert niets aan het standpunt dat zij zich opzettelijk heeft ontzegd van haar meest rendabele bevoorradingsbron.

Dit geldt des te meer daar de overwogen oplossingen - die niet erg succesvol waren - door de partijen bij het leveringscontract slechts als bijkomstigheid leken te zijn gepland, waarbij de voorkeur duidelijk uitging naar productie op het grondgebied van de Europese Unie, fictief met inbegrip van het Verenigd Koninkrijk.

Haar gedrag lijkt des te onrechtvaardiger omdat Astrazeneca had gegarandeerd "*dat zij niet onderworpen is aan contractuele of andere verplichtingen jegens een Persoon of derde partij met betrekking tot de Europese Begindoses of die onverenigbaar of wezenlijk in strijd zijn met de bepalingen van deze Overeenkomst of die haar zouden belemmeren haar verplichtingen krachtens deze Overeenkomst volledig na te komen*".

Om dezelfde redenen als hierboven uiteengezet, blijkt echter dat de vertraging bij de levering gedeeltelijk te wijten was aan het feit dat Astrazeneca bij voorrang verplichtingen jegens het Verenigd Koninkrijk aanging en uitvoerde, die wezenlijk in strijd waren met de APA'en de volledige nakoming van haar verplichtingen krachtens het leveringscontract verhinderden.

Zodoende heeft Astrazeneca aldus - zoals het lijkt - opzettelijk inbreuk gemaakt op haar contractuele garantie.

Het feit dat deze garantie een stijlclausule is, tijdens de onderhandelingen ongewijzigd is gebleven en/of van een van de partijen bij de overeenkomst in het bijzonder uitgaat, tast haar verplichtend karakter niet aan.

Astrazeneca kan zich niet verschuilen achter het feit dat de overeenkomst inzake prioritaire leveringen niet door haar maar door een verbonden vennootschap is gesloten, om de niet naleving van het leveringscontract te rechtvaardigen.

De bewoordingen van artikel 13, lid 1, onder e) van het leveringscontract lijken inderdaad zeer ruim, aangezien zij elke "contractuele of andere verplichtingen jegens een Persoon of derde partij" omvatten [nadruk toegevoegd].

5. Wat het exoneratiebeding betreft:

In dit geval bevat artikel 15, lid 1, van de APA een exoneratiebeding dat als volgt luidt: "*De Commissie en elk van de Deelnemende Lidstaten, elk binnen de grenzen van hun bevoegdheid, doen in eigen naam afstand van en stellen Astrazeneca vrij van elke aansprakelijkheidsvordering die voortvloeit uit of verband houdt met: (...) (e) vertragingen bij de levering van het vaccin in het kader van deze overeenkomst*".

Astrazeneca voert aan dat dit artikel 15.1 haar van elke aansprakelijkheid voor laattijdige levering zou vrijstellen en zij derhalve niet aansprakelijk zou zijn voor de schending van meer bepaald de artikelen 5.1 en 5.4 van de APA.

Clausules die ertoe strekken de aansprakelijkheid van een partij bij een overeenkomst te beperken of uit te schakelen, zijn in beginsel geldig, zelfs indien zij aanvankelijk het uitvloeisel van een partij zijn.

Clausules die afwijken van het gemene recht moeten strikt worden uitgelegd, aangezien de rechter de gevolgen van de clause niet naar analogie kan uitbreiden tot situaties die aanvankelijk niet door de clause waren beoogd. Bovendien zal de clause niet worden toegepast op een situatie die zij oorspronkelijk dekte, indien dit de werkelijke of daadwerkelijke bedoeling van de partijen is.

Volgens de rechtspraak waarbij wij ons aansluiten, moet het beding uitdrukkelijk voorzien in de uitsluiting van zware fout of, op zijn minst, dat deze uitsluiting noodzakelijkerwijs volgt uit de bewoordingen van het beding.

De wetgever heeft zware fout niet op een algemene manier gedefinieerd. Ook moet worden opgemerkt dat de rechtsleer verdeeld blijft over dit begrip.

Hoe dan ook, volgens ons bestaat deze fout, in tegenstelling tot bedrog en ondanks de zwaarwichtigheid ervan, uit onvoorzichtigheid en/of nalatigheid, waarbij een onvrijwillige en onopzettelijke fout volstaat.

Het "zware" karakter van deze fout wordt door de rechter beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden van de zaak, waaronder met name de beroepskwaliteit van een partij, de voorzienbaarheid van de veroorzaakte schade of het essentieel karakter van de niet-uitgevoerde verbintenis.

In het onderhavige geval is het exoneratiebeding in algemene bewoordingen opgesteld en niets in de bewoordingen ervan wijst erop dat zij zware fout zou omvatten.

Zij lijkt, in overeenstemming met de hierboven uiteengezette beginselen, Astrazeneca niet te beschermen tegen haar zware fout.

Zoals uiteengezet in de in de spoedprocedure gegeven motivering, lijkt de vertraging bij de levering van de betrokken vaccins aanzienlijke schadelijke gevolgen te hebben gehad. Deze gevolgen lijken althans ten dele voorzienbaar, gelet op de aard van het litigieuze product en de pandemische context.

Dat de vaccins binnen de gestelde termijnen beschikbaar waren, was voor de Europese Unie van bijzonder belang in de context van de gezondheids crisis, waaraan Astrazeneca in haar hoedanigheid van farmaceutisch bedrijf niet voorbij kon gaan.

Om dezelfde redenen als die welke hierboven zijn uiteengezet, lijkt de vertraging in de levering echter, althans gedeeltelijk, te verklaren uit het feit dat Astrazeneca ervoor heeft gekozen de productielocatie van Oxford Biomedica te monopoliseren ten gunste van derden, met miskenning van haar contractuele verplichtingen.

Astrazeneca heeft aldus op het eerste gezicht een zware fout begaan. Deze fout lijkt een oorzakelijk verband te hebben met een deel van de vertraging in de levering waarover bij de EUROPESE UNIE is geklaagd (zie hieronder voor de omvang van deze vertraging).

6. Astrazeneca voert aan dat de contracten met de UK en met de Europese Unie door twee aparte vennootschappen werden ondertekend.

De Europese Unie voert verschillende specifieke, ernstige en overeenstemmende vermoedens aan, waaruit blijkt dat alle vennootschappen van de Astrazeneca-groep op mondiaal niveau worden bestuurd door het Senior Management Team van Astrazenca PLC, hetgeen op zich niet wordt betwist.

Met deze APA zijn aanzienlijke belangen gemoeid, zodat redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er bijzondere aandacht aan is besteed.

Hieruit volgt dat Astrazeneca, toen zij op 27 augustus 2020 de APA sloot, niet onkundig kon zijn van het feit dat de op 17 mei 2020 met haar verbonden vennootschap gesloten overeenkomst met de Universiteit van Oxford een beding ten gunste van het Verenigd Koninkrijk bevatte. . Bovendien werd de betwiste prioritaire leveringsovereenkomst volgens Astrazeneca geformaliseerd op 18 augustus, d.w.z. enkele dagen vóór de APA, zodat elk verzuim met betrekking tot deze prioritaire verbintenis lijkt te zijn uitgesloten.

Op het eerste gezicht kon Astrazeneca, gelet op het prioritaire karakter van deze overeenkomst, de schommelende opbrengsten en de onbekendheid met het welslagen van de massale ontwikkeling, ten tijde van het sluiten van de APA niet onkundig zijn geweest van het feit dat de betwiste prioriteit "onverenigbaar was met of wezenlijk in strijd was met de voorwaarden" van de APA of, op zijn minst, "de volledige nakoming van haar verplichtingen zou belemmeren".

....

1. Le contrat d'approvisionnement anticipé (ci-après APA) entre l'Union Européenne et Astrazeneca prévoit qu'Astrazeneca déploiera «les Meilleurs Efforts Raisonnables» pour fabriquer, sans perte ni profit, 300 millions de doses de vaccins à distribuer au sein de l'Union Européenne. Ce contrat est rédigé en anglais soumis au droit belge.

Une clause d'exonération de responsabilité en cas de retard de livraison est reprise à l'article 15.1 du contrat de livraison.

L'article 13 de l'APA contient diverses « Déclarations et garanties » en vertu desquelles Astrazeneca déclare, garantit et prend l'engagement envers l'Union Européenne:

« e) qu'elle n'est soumise à aucune obligation, contractuelle ou autre, envers une quelconque Personne ou tierce partie qui concerne les Doses Initiales Européennes ou qui est incompatible ou substantiellement en contradiction avec les modalités du présent Contrat ou qui entraverait le respect intégral des obligations qui lui incombent conformément au présent contrat »

2. Les délais prévisionnels prévus au contrat n'apparaissent pas avoir été respectés.

En imposant à Astrazeneca de déployer ses « Meilleurs efforts raisonnables » pour fabriquer les 300 millions de doses litigieuses dans les sites de fabrication repris dans l'annexe A et de les livrer endéans un certain délai, il semble toutefois que les parties ont clairement et sans équivoque manifesté leur intention commune de contracter, à cet égard, des obligations de moyens et non de résultat.

L'application du critère de l'aléa converge d'ailleurs vers une telle interprétation : tenant compte du caractère inédit de la crise sanitaire, de la rapidité avec laquelle le processus de fabrication a été mis en place et les inconnues portant sur le rendement de masse, l'incertitude et le risque pour l'exécution de ces obligations au moment de la conclusion de l'APA semblaient à ce point importants qu'Astrazeneca aurait refusé de l'assumer.

3. La circonstance que l'article 6.1 stipule qu' « Astrazeneca assurera l'approvisionnement de toutes les substances médicamenteuses nécessaires » n'énervé en rien cette analyse dès lors que cet article ne précise pas suffisamment les caractéristiques spécifiques à l'obligation (par exemple en fixant des quantités spécifiques, ou un nombre minimum de quantités à fournir

dans une période de temps spécifique et obligatoire) pour constituer, dans le cadre d'un contrat commercial et selon les usages, une obligation de résultat.

Compte tenu des incertitudes liées au développement des vaccins à vecteur viral, et notamment à l'imprévisibilité des rendements de production, il semblait - et il semble — toujours impossible de déterminer dès le début d'une production industrielle, combien de lots de substance médicamenteuse devront être produits pour fournir une quantité suffisante à la fabrication de 300 millions de doses de Vaccin.

En apparence, il n'existe aucun rapport proportionnel prévisible ou du moins suffisamment stable entre les doses de Vaccin à produire et la quantité de substance médicamenteuse à fabriquer à cette fin. La quantité de substance médicamenteuse à fournir ne semble donc pas pouvoir être calculée à partir du nombre de doses à livrer aux Etats Membres.

Dans ce contexte contractuel particulier, le terme « assurera l'approvisionnement » et/ou la terminologie en anglais « shall » - certes ambiguë - n'apparaissent pas avoir été utilisées par les parties dans une intention commune de mettre à charge d'Astrazeneca une obligation de résultat, mais une obligation de moyens.

Cette interprétation semble du reste conforme au critère de l'aléa ainsi qu'à l'ensemble du contrat et de son économie globale.

4. Quant à l'obligation de moyens d'utiliser tous les sites de fabrication mentionnés à l'annexe A.

Eu égard aux difficultés objectivées rencontrées dans d'autres sites de fabrication et le caractère fluctuant des rendements observés, les éléments avancés par Astrazeneca sont suffisamment vraisemblables que pour considérer que l'Union européenne à qui la charge de la preuve incombe, n'établit pas avec une apparence suffisante qu'Astrazeneca n'aurait pas fourni les « Meilleurs Efforts Raisonables » pour exploiter les sites de fabrication Cobra et Advent.

Il découle de ce qui précède que le processus ayant conduit à la conclusion du contrat de livraison semble démontrer qu'Astrazeneca devait fournir ses « Meilleurs Efforts Raisonables » pour utiliser les sites de fabrication Halix et Oxford Biomedica dans la mesure où cette utilisation s'avérait nécessaire pour respecter le calendrier estimatif contractuellement promis.

Or, Astrazeneca justifie qu'elle n'ait jamais affecté le site d'Oxford Biomedica à la production européenne et qu'elle ait livré une partie de la fabrication du site de Halix au Royaume-Uni en raison d'un contrat d'approvisionnement prioritaire formalisé et signé les 18 et 28 août 2020. Il semble donc qu'Astrazeneca ait intentionnellement choisi de ne pas utiliser les moyens à sa disposition pour fabriquer et livrer les vaccins litigieux et ce, alors que le retard qu'elle accusait dans son planning estimatif s'alourdissait et que la différence entre les doses livrées et celles escomptées devenait de plus en plus importante.

Le choix de monopoliser le site d'Oxford Biomedica au profit du Royaume-Uni et partant de priver l'Union Européenne d'un site de fabrication pourtant expressément prévu semble d'autant plus préjudiciable que son rendement s'avère être plus du double de celui de Novasep, Catalent.

Vu l'ampleur des retards accusés et les difficultés rencontrées par les sites de fabrication Novasep et Catalent, une firme pharmaceutique normalement diligente et prudente placée dans les mêmes circonstances de crise sanitaire n'aurait pas délibérément fait le choix de priver l'Union Européenne de tout approvisionnement du site de fabrication contractuel le plus rentable, comme Astrazeneca l'a fait.

Un examen marginal de ce dossier laisse apparaître que ce faisant, Astrazeneca n'a pas fait ses « Meilleurs Efforts Raisonables » pour fabriquer et livrer une partie des 300 millions de doses promises endéans les délais escomptés.

La circonstance qu'Astrazeneca aurait tenté de trouver des solutions en vue d'augmenter sa capacité de livraison — en développant son réseau international — n'énerve en rien l'analyse selon laquelle elle s'est privée volontairement de sa source d'approvisionnement la plus rentable.

Ceci est d'autant plus exact que les solutions envisagées — au demeurant peu fructueuses — ne semblaient prévues par les parties au contrat de livraison qu'à titre accessoire, la préférence étant clairement axée sur une production sur le territoire de l'Union Européenne reprenant fictivement le Royaume-Uni.

Son comportement paraît d'autant plus fautif que conformément à l'article 13.1 (e) du contrat, Astrazeneca avait garanti « qu'elle n'est soumise à aucune obligation, contractuelle ou autre, envers une quelconque Personne ou tierce partie qui concerne les Doses Initiales Européennes ou qui est incompatible ou substantiellement en contradiction avec les modalités du présent Contrat ou qui entraverait le respect intégral des obligations qui lui incombent conformément au présent Contrat ».

Or, par identité de motifs avec ceux exposés supra, il semble que le retard de livraison s'explique en partie par le fait qu'X a souscrit et exécuté en priorité des obligations à l'égard du Royaume-Uni, lesquelles sont entrées substantiellement en conflit avec l'APA et ont entravé le respect intégral des obligations y prévues.

Ce faisant, Astrazeneca a — semble-t-il - délibérément violé sa garantie contractuelle, contenue à l'article 13.1 (e) de l'APA.

La circonstance que cette garantie soit une clause de style, ait été inchangée en cours de négociations et/ou émane de l'un des cocontractants en particuliers ne lui enlève pas son caractère obligatoire.

Astrazeneca ne peut se retrancher derrière le fait que le contrat d'approvisionnement prioritaire n'a pas été conclu par elle mais par une société liée pour justifier avoir respecté l'article 13.1 (e) de l'APA.

En effet, la formulation de cet article 13.1 (e) apparaît extrêmement large puisqu'elle comprend toute « obligation, contractuelle ou autre, envers une quelconque Personne ou tierce partie » [Nous soulignons].

5. Quant à la clause exonératoire de responsabilité

En l'espèce, l'article 15.1 de l'APA contient une clause d'exonération de responsabilité libellée en ces termes :

« La Commission et chacun des États Membres Participants, chacun dans ses sphères de compétence, en son nom propre, renonce à et libère X contre tout action découlant de ou liée à : (...) (e) des retards de livraison du Vaccin en vertu du présent Contrat ».

Astrazeneca soutient que cet article 15.1 l'exonérât de toute responsabilité pour retard de livraison et partant, ne serait pas tenue de répondre de la violation des articles 5.1 et 5.4 de l'APA notamment.

Les clauses visant à limiter ou supprimer la responsabilité d'une partie à un contrat sont, en principe, valables et ce, même si elles sont initialement l'émanation d'une partie.

Les clauses qui dérogent au droit commun doivent s'interpréter de manière stricte, le juge ne pouvant étendre, par le mécanisme de l'interprétation par analogie, les effets de la clause à

des hypothèses qu'elles ne visaient pas initialement. Elle ne se verra par ailleurs pas appliquée à une hypothèse qu'elle visait initialement si tel est la volonté réelle ou actualisée des parties.

Pour la jurisprudence à laquelle Nous adhérons, la clause doit prévoir expressément l'exclusion de la faute lourde ou, à tout le moins, que cette exclusion résulte nécessairement des termes de la clause.

Le législateur n'a pas, de manière générale, défini la faute lourde. Force est par ailleurs de relever que la doctrine reste divisée quant à cette notion.

Quoi qu'il en soit, selon Nous, contrairement au dol et malgré son intensité, cette faute consiste en une imprudence et/ou négligence, une faute involontaire et non intentionnelle suffit.

La caractéristique « lourde » de cette faute s'apprécie par le juge en tenant compte des circonstances concrètes de la cause que sont notamment la qualité de professionnelle d'une partie, la prévisibilité du dommage causé ou le caractère essentiel de l'obligation inexécutée.

En l'espèce, la clause d'exonération de responsabilité est rédigée en des termes généraux et rien dans ses termes ne permet de déduire qu'elle couvrirait la faute lourde par ailleurs.

Elle ne semble pas, conformément aux principes exposés supra, protéger Astrazeneca contre sa faute lourde.

Comme exposé dans le cadre des motifs repris au stade de l'urgence, le retard de livraison des vaccins litigieux semblent avoir eu des répercussions dommageables non négligeables. Ces répercussions apparaissent, du moins en partie, prévisibles compte tenu de la nature du produit litigieux et du contexte pandémique.

Le fait de pouvoir disposer de vaccins endéans les délais prévus revêtait pour l'Union Européenne une importance particulière dans le contexte de crise sanitaire que l'on connaît, ce qu'Astrazeneca ne pouvait ignorer en sa qualité de société pharmaceutique.

Or, par identité de motifs avec ceux exposés supra, il semble que le retard de livraison s'explique, du moins en partie, par le fait qu'Astrazeneca a fait le choix de monopoliser le site de fabrication Oxford Biomedica au profit de tiers et ce, en méconnaissance de ses obligations contractuelles.

Ce faisant, Astrazeneca a, en apparence, commis une faute lourde. Cette faute apparaît en relation causale avec une partie du retard de livraison dénoncé l'Union Européenne.

Un examen marginal du dossier laisse apparaître qu'elle ne peut se prévaloir de l'article 15.1 pour s'exonérer de cette faute lourde.

6. Astrazeneca invoque que les contrats avec le Royaume Uni en l'Union européenne ont été signés par deux sociétés distinctes.

L'Union Européenne avance diverses présomptions précises, graves et concordantes laissant apparaître que toutes les sociétés du groupe X sont gérées au niveau global par l'Équipe de Direction Senior d'X PLC, ce qui n'est d'ailleurs pas en tant que tel contesté.

Ces contrats d'approvisionnement portent sur des enjeux considérables de sorte que l'on peut raisonnablement en déduire qu'une attention particulière y a été attaché.

Il s'en suit que lorsqu'elle a conclu l'APA le 27 août 2020, Astrazeneca ne pouvait ignorer que le contrat avec l'université d'Oxford conclu le 17 mai 2020 avec sa société liée contenait une stipulation en faveur du Royaume-Uni (pièce 6 du dossier d'X). L'accord d'approvisionnement prioritaire litigieux a de plus été, selon X, formalisé le 18 août, soit quelques jours avant l'APA, de sorte que toute omission quant à cet engagement prioritaire semble exclue.

Prima facie, vu le caractère prioritaire de cet accord, les fluctuations des rendements et les inconnues concernant le succès du développement de masse, Astrazeneca ne pouvait ignorer, au moment de la conclusion de l'APA, que la priorité litigieuse était « incompatible ou substantiellement en contradiction avec les modalités » de l'APA » ou, à tout le moins, « entraverait le respect intégral des obligations qui lui incombent ».

Corona, vaccins et droit.¹

La décision commentée est d'une actualité patente : les retards de livraison d'une société pharmaceutique en matière de vaccin contre le coronavirus.

Son actualité est non seulement sociétale, elle est aussi juridique.

Nous étudierons successivement trois questions abordées dans cette intéressante ordonnance.

La notion de best efforts en premier lieu ; l'on évoquera dans cette section une autre notion anglaise à savoir la clause de warranty ; l'exonération de responsabilité pour faute lourde en second et de manière plus succincte, les groupes de société.

1. Best efforts : approche

Le juge opère un très beau raisonnement dans l'approche des obligations de moyen et de résultat ; nous ne pouvons mieux faire que d'y référer. Nous pouvons épinglez la référence au critère de l'économie du contrat pour en déterminer la portée.²

Pour une des premières fois³, le juge belge s'intéresse à la clause de best efforts et applique à cette clause le droit belge comme convenu à l'article 18.4 du contrat.

La clause de best efforts a pu être définie comme suit :

« Une stipulation caractéristique insérée dans certains contrats commerciaux internationaux, par laquelle le débiteur s'engage à des soins, des mesures, des diligences maximales, en vue de réaliser effectivement la finalité convenue par le créancier »⁴

Ou encore comme :

« Une prestation revêtant une certaine difficulté, où l'obtention du résultat ne peut être garantie de manière absolue »⁵

De manière assez malheureuse selon nous, le juge assimile la clause de best efforts à une obligation de moyen. Nous avons étudié toute la jurisprudence anglo-saxonne⁶ et nous croyons que la clause de best efforts est plus qu'une obligation de moyen.

¹ Je tiens à remercier M Nicolas Papageorges, étudiant en master en droit, pour les recherches effectuées.

² Voy. sur l'approche de ce critère, D.PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, 1986, Bruylant, p.634.

³ A notre connaissance, la première.

⁴ O. CAPITANA, « Les clauses de "best efforts" dans les contrats conclus par les entreprises roumaines de commerce extérieur », *R.D.A.I.*, n.8, 1988 ; voy. pour un article récent, C. THAU, "Is this really the best we can do? American courts' irrational efforts clause jurisprudence and how we can start to fix it", *The Georgetown law journal*, vol. 109/3, March 2021, p. 665-702; I.BLACKSHAW, *Sports marketing agreements, legal, fiscal and practical aspects*, Asser Press, 2012, p.465 e.s.

⁵ M. FONTAINE, « Best efforts, reasonable care, due diligence et règles de l'art dans les contrats internationaux », *R.D.A.I.*, n.8, 1988.

D. PHILIPPE, la clause de best efforts, dans *La rédaction des contrats internationaux*, Bruylant, 2012, p.196

⁶ Voir l'article précité, p.194 et suivant

Sans vouloir rentrer dans les détails de l'analyse de l'obligation de best efforts, l'on peut citer, à titre d'illustration, l'affaire *Sheffield District Railway Co v. Great Central Railway Co.* rendue en 1911 ; cette première décision sur le best efforts la définit en ces termes: « We think 'best endeavours' means what the words say ; they do not mean second-best endeavours. They do not mean that the limits of reason must be overstepped with regard to the cost of the service; but short of these qualifications the word mean that the Great Central Company must, broadly speaking, **leave no stone unturned**... “

La décision relève dans cette formulation imagée le caractère systématique et complet que doit revêtir l'exécution de l'obligation.

La caractéristique de *reasonable best efforts* par rapport à l'obligation de best efforts est d'objectiver cette obligation.

D'autres décisions anglaises insistent d'ailleurs sur cette notion de *reasonableness* dans l'application de la clause de best efforts.⁷

Le juge délimita l'obligation de *best endeavours* ou *best efforts* et définit the standard of *reasonableness* :⁸

« Best endeavours imposes a duty to do what can reasonably be done in the circumstances and the standard of reasonableness is that of a reasonable and prudent board of directors acting properly in the interests of their company»

La jurisprudence anglaise prend donc en considération un critère de comportement abstrait (*reasonable and prudent*) de bonne gestion.⁹

Les termes *reasonable best efforts* sont considérés en droit anglais comme mettant à charge du débiteur, une obligation plus objective et plus proche de l'homme prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances.¹⁰

En l'espèce, l'éminent magistrat serait peut-être arrivé à une autre conclusion s'il avait fait application des principes dégagés par la jurisprudence anglaise qui connaît l'obligation de best efforts. Bien évidemment le juge belge n'est pas tenu par cette jurisprudence mais elle constitue une excellente source d'inspiration.

En l'espèce, si vraiment tous les best efforts avaient été mis en œuvre, il n'est pas exclu que la société Astrazeneca eut pu livrer sur ses sites d'Europe continentale et éventuellement des sites sur d'autres continents les doses contractuelles dans les temps adéquat.

Enfin, l'on ne peut, en pratique, que souscrire aux propos de Me Leclercq :

« *Pour réduire les aléas inhérents à tout processus d'interprétation, il est donc recommandé aux parties, d'une part, de préciser la portée qu'elles entendent attribuer au concept de « best efforts » (ou aux variantes de cette expression) (art. 1.4)(1062) et, d'autre part, de veiller à préserver la cohérence des termes utilisés dans la convention de cession à ce propos.* »¹¹

⁷ *Terrel v. Mable Todd & Co.*, 169, RPC 234, 237, 1952, WN 434.

⁸ D. PHILIPPE, La clause de best efforts, in *La rédaction des contrats internationaux*, Bruylant, 2012, p.203

⁹ Voy, pour des études ou exemples récents, D. LECLERCQ, *les conventions de cessions d'actions*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 305-308, n°225 e.s.

¹⁰ Voy. I. BLACKSHAW, *Sports marketing agreements, legal, fiscal and practical aspects*, Asser Press, 2012, p.467.

¹¹ Op.cit., p.308.

1.1 Warranty

L'article 13 du contrat traite des representations and warranties.

L'éminent magistrat traduit warranties par garanties¹². Nous avons déjà souligné que cette traduction est dangereuse. Les warranties sont, en droit anglais, des obligations qui ne sont pas essentielles¹³ et qui ne peuvent donner lieu à la résolution du contrat ; l'on rappellera la définition de la warranty :

« A warranty is an express or implied statement of something which the party undertakes shall be part of a contract; and though part of the contract, yet collateral to the express object of it » (traduction libre : " A warranty est une déclaration expresse et implicite de quelque chose à laquelle le contractant s'engage et qui fait partie du contrat, mais bien que faisant partie du contrat, est subsidiaire par rapport à l'objet exprès de celui-ci.)"¹⁴

A l'opposé, les garanties sont en droit belge, les obligations qui ont la plus haute intensité.

En l'espèce, l'obligation de donner priorité est une warranty alors que l'ordonnance attaquée la considère comme l'obligation la plus intense. Cette approche de la notion aurait pu être opportune dans l'appréciation de la faute.

Certes, nous ignorons si cette question a été débattue par les plaideurs.

2. Faute lourde

Le contrat portait une clause d'exonération de responsabilité qui stipulait qu'Astrazeneca n'était pas responsable en cas de retard de fourniture. Le juge estima que le fait d'avoir donné priorité au Royaume Uni constituait une faute lourde, puisqu'Astrazeneca s'était engagé envers l'Union Européenne à ne pas donner priorité à un tiers. Faisant application de l'interprétation restrictive des clauses d'exonération de responsabilités, l'éminent magistrat arrive à la conclusion que la clause d'exonération ne trouve pas application puisqu'elle ne mentionne pas expressément la faute lourde.

Le concept de faute lourde n'est pas défini par le législateur ; la Cour de cassation ne l'a pas non plus définie. Certains auteurs ont tenté de le faire. DE PAGE, comme « *une faute tellement grossière, tellement excessive qu'elle ne se comprend pas de la part d'une personne raisonnable* ». ¹⁵ Il en découle que la gravité ou le caractère sérieux de la faute constitue un élément déterminant dans l'approche de la faute lourde. Ce sera l'écart plus ou moins important par rapport au comportement du bon père de famille qui va permettre de distinguer la faute légère et la faute lourde. Il s'agit donc d'une question de gradation. ¹⁶

Le fait qu'il s'agisse du seul élément de distinction entre la faute légère et la faute lourde se révèle problématique en pratique. Ce critère est bien tenu, la frontière est trop vague pour donner aux juristes une prévisibilité suffisante. C'est un peu comme un léger fil qui va d'un côté ou d'un autre au gré du vent.

¹² Voy. D.PHILIPPE, Warranties and representations, in La rédaction des contrats internationaux, précité, 2012.

¹³ Les obligations les plus intenses s'appellent en droit anglais les conditions.

¹⁴ Dawson's Ltd v. Bonnin, (1922) 2 AC 414, 422 (Lord Haldane)

¹⁵ T.VANSWEEVELT, B. WEYTS, "De gekwalificeerde fouten" in *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2009, (259) 273, nr. 396*

¹⁶ Voy. P. DE TAVERNIER, De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen. Thèse, Anvers, Intersentia, 2006, N°233.

Les professeurs VANSWEEVELT & WEYTS écrivent d'ailleurs : “*Meer moeilijkheden betreft het onderscheid tussen de lichte en de zware fout ... Het vooropstellen van een sluitende definitie van de zware fout is onmogelijk*”.¹⁷

Qui plus est, l'on sait que déjà l'appréciation de l'homme prudent et raisonnable dépend de toute une série de circonstances externes, ce qui renforce l'insécurité juridique.¹⁸

En l'espèce c'est la prévisibilité du dommage qui a été l'élément qui a justifié la présence d'une faute lourde : Astrazeneca devait savoir qu'elle avait donné priorité au Royaume Uni pour une de ses centres de fabrication en Angleterre et a garanti, semble-t-il, l'inverse envers l'Union Européenne.

Précisons aussi que la faute légère suppose la conscience de ses actes : la violation d'une norme de comportement *in se* ne suffit pas à constituer une faute légère. En d'autres termes, le fil est tenu entre la conscience requise en matière de faute lourde d'une part, en matière de faute légère d'autre part.

Y at-il malgré tout des critères pour approcher la notion de faute lourde ou de faute grave ? La faute grave ou la faute lourde peuvent être considérées comme identiques.

En l'espèce, ce qui a été considéré comme une faute lourde par le juge en l'espèce, aurait très bien pu être considéré comme une faute légère permettant alors l'invocation de la clause d'exonération de responsabilité.

3. Les groupes de sociétés

Troisième point intéressant de la décision sur le plan juridique, la relation entre deux sociétés du même groupe.

Astrazeneca prétendait que ce n'était pas la même société qui avait conclu avec l'Union européenne que celle qui avait contracté la commande avec le Royaume Uni.

Le tribunal relève judicieusement qu'Astrazeneca se devait d'informer l'Union Européenne de toutes obligations contractuelles ou autres envers une quelconque personne ou tiers partie. L'on sait que, en règle, en droit civil, chaque entité juridique d'un groupe est indépendante de l'autre et qu'il n'existe pas une réglementation exhaustive de la notion de groupe de sociétés. Donc faut-il considérer que les deux sociétés sont distinctes et qu'en conséquence, la priorité d'approvisionnement donnée par l'une n'a aucune influence sur la priorité donnée par l'autre ?

Pour répondre à cette question, la décision lève partiellement le « corporate veil ». ¹⁹ En effet, elle relève de manière très intéressante que toutes les sociétés du groupe Astrazeneca sont gérées au niveau global par l'équipe de direction. En conséquence, même si les contrats ont été conclus respectivement par deux sociétés sœurs, le bras droit en pouvait ignorer ce que faisait son bras gauche. Donc la société cocontractante de l'Union Européenne devait être au courant du contrat conclu avec le Royaume Uni et des priorités qu'il contenait.

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ VANSWEEVELT, B. WEYTS, *op.cit.*

¹⁹ Voy. pour une critique de cette assimilation entre les deux sociétés, Jason CHUAH, *The EU-Astrazeneca dispute : a nutshell guide*, <https://www.city.ac.uk/news-and-events/news/2021/04/the-eu-astrazeneca-contract-dispute-a-nutshell-guide> capture le 4 juillet 2021.

Il y a relativement peu de décisions qui insistent sur ce mode de fonctionnement²⁰, et il était donc très utile de le relever. Relevons par ailleurs que lors de catastrophes résultant de fortes pollutions par exemple causées par la société filiale d'un pays, la société mère a été dans certaines hypothèses, considérée comme responsable²¹.

En conclusion, cette décision est très claire, fort motivée et une approche de droit comparé des contrats permet de lui donner un éclairage utile. Rappelons qu'il s'agit d'une décision en référé qui ne lie pas le juge au fond.

Denis PHILIPPE

Corédacteur en chef du DAOR

Avocat

Professeur à l'UC Louvain, à l'ICHEC et à Paris Nanterre.

²⁰ Voy. pour l'application de la théorie de l'apparence pour condamner la société mère, Cass.fr.Com., 3 Février 2015, POURVOI N°13-24.895 ; voy. aussi -Z. GALLETZ, « La responsabilité de la société mère pour sa filiale : Réflexions sur la levée du voile social », *Les multinationales*, 1^e éd., Ch. Brûls (dir.), Bruxelles, Larcier, 2012, p. 133-170 ; O. CAPRASSE et M. FYON, « L'organisation du pouvoir dans les groupes de sociétés », *Droit des groupes de sociétés*, G.-A. Dal (dir.), Bruxelles, Larcier, 2013, p. 185-236.

²¹ Voy. notamment l'arrêt de la cour of appeal anglaise Lungowe et Al. C. Vedanta Resources plc et Al. [2017] EWCA Civ. 1528 qui reconnaît la compétence extraterritoriale des Tribunaux anglais contre la société filiale zambienne et la société mère anglaise dans une hypothèse de pollution engendrée par les émanations d'une usine de cuivre en Zambie, exploitée par la société filiale. La House of Lords, 10 avril 2019, Hilary Term, 2019, UKSC, 20 reconnaît également la compétence des tribunaux anglais. Voy. dans le même sens, [2021] UKSC 3.