

Perturbations de la chaîne d'approvisionnement au cours de la pandémie de COVID-19

La pandémie de COVID-19 a présenté des défis importants pour la chaîne d'approvisionnement mondiale. Cette situation résulte de la combinaison d'une demande sans précédent de biens et des restrictions en cours sur les déplacements et la production. Alors que la communauté d'affaires internationale commence lentement à se remettre de la COVID-19, les perturbations de la chaîne d'approvisionnement engendrées par la pandémie continuent de faire les manchettes. Qu'il s'agisse de la pénurie continue de main-d'œuvre, des fermetures d'usines, de la rareté des puces à semi-conducteurs, de la pénurie de conteneurs et des retards dans les ports, ou de la volatilité de l'approvisionnement en bois d'œuvre et autres matières premières, l'interdépendance des sociétés mondiales et la fragilité de la chaîne d'approvisionnement qui la sous-tend n'ont jamais été aussi évidentes.

Malgré l'assouplissement progressif des restrictions liées à la pandémie, les perturbations de la chaîne d'approvisionnement sont loin d'être terminées. On prévoit que l'incertitude et les retards dans la chaîne d'approvisionnement continueront de poser des problèmes aux entreprises canadiennes au cours de l'année 2022. De plus en plus conscientes des risques liés à la chaîne d'approvisionnement et de la vulnérabilité inhérente à certaines approches traditionnelles de la gestion des risques liés à la chaîne d'approvisionnement, les entreprises ont commencé à réévaluer leurs droits, processus et recours contractuels au cas où leur propre chaîne d'approvisionnement serait touchée.

Nous examinerons certaines des mesures liées aux contrats que les entreprises devraient prendre de manière proactive pour contribuer à atténuer ces risques.

Vérification diligente rigoureuse

La COVID-19 a révélé des lacunes importantes dans les chaînes d'approvisionnement de nombreuses entreprises canadiennes et a souligné l'importance de disposer d'une chaîne d'approvisionnement solide et fiable, de la source de production jusqu'au client. Comprendre la chaîne d'approvisionnement et repérer ses « maillons faibles » peut aider une entreprise à faire face aux risques sous-jacents. Grâce à une vérification diligente complète des fournisseurs effectuée à l'avance, il est possible de repérer ces risques et d'en atténuer, éventuellement, l'impact en cas de défaillance de la chaîne d'approvisionnement.

Nous voyons souvent des clients effectuer une vérification diligente approfondie à l'égard de leurs fournisseurs immédiats, sans comprendre tout à fait les liens de dépendance que le fournisseur entretient lui-même pour répondre aux demandes de ses propres clients. Dans de nombreux cas, il peut arriver que les fournisseurs intermédiaires n'exercent pas de vérification diligente auprès des fournisseurs autres que leur fournisseur immédiat au sein de la chaîne d'approvisionnement. Un processus de vérification diligente rigoureux doit s'étendre au-delà des fournisseurs immédiats de l'entreprise pour inclure chaque maillon de la chaîne d'approvisionnement.

Le processus de vérification diligente doit comporter de multiples étapes et évaluer la robustesse et la fiabilité du fournisseur sous différents angles. En particulier, une vérification diligente approfondie doit comprendre, au minimum, une compréhension et une évaluation des éléments suivants :

- la structure de la société et la robustesse financière, non seulement du fournisseur avec laquelle une entreprise conclut un contrat, mais aussi des sociétés mères ou affiliées pertinentes;
- la viabilité opérationnelle du fournisseur;
- les risques potentiels liés à la réglementation;
- les plans et processus de continuité des activités et de reprise après sinistre;
- les normes, politiques et processus de sécurité de l'information;
- le risque de litige lié aux services à fournir;
- les risques clés liés au sous-traitant.

Un processus de vérification diligente rigoureux doit s'étendre au-delà des fournisseurs immédiats de l'entreprise pour inclure chaque maillon de la chaîne d'approvisionnement.

Il est également très important de comprendre comment un fournisseur a servi ses clients. Un processus de vérification diligente rigoureux devrait comprendre une vérification des antécédents pertinents. Idéalement, cette vérification devrait porter à la fois sur les clients actuels et anciens du fournisseur, y compris, si possible, un client qui a mis fin à sa relation avec le fournisseur.

La vérification diligente peut être particulièrement difficile lorsque le fournisseur, le produit ou le service est nouveau sur le marché. Dans ces circonstances, il peut être difficile d'évaluer le risque associé au fournisseur, au produit ou au service, car il est probable qu'il y ait peu ou pas d'actifs, de rendement antérieur ou d'expérience client sur lesquels s'appuyer. Lorsqu'il est impossible d'effectuer une vérification diligente, des protections contractuelles supplémentaires qui visent à atténuer les risques associés à un nouveau fournisseur ou un fournisseur non testé, comme des protections supplémentaires contre l'insolvabilité, sont particulièrement importantes.

Les fournisseurs devraient envisager d'améliorer leurs propres processus de vérification et de vérification diligente de leurs fournisseurs intermédiaires. Ils sont également invités à envisager de mettre à jour et documenter leurs plans et processus internes de continuité des activités. Ces efforts proactifs mettront les fournisseurs dans une meilleure position pour répondre aux demandes des clients. De plus, le fait de disposer d'un processus de vérification diligente et d'un plan de reprise après sinistre solides pourrait donner un avantage concurrentiel par rapport à un fournisseur moins proactif.

L'existence d'un processus de vérification diligente ne permettra peut-être pas de repérer les défaillances au sein de la chaîne d'approvisionnement mondiale qui résultent d'une pandémie, mais la mise en place d'un processus de vérification diligente robuste des fournisseurs pourrait atténuer d'autres risques. Par exemple, il peut permettre à un client de préparer sa chaîne d'approvisionnement au pire en y ajoutant des ressources.

Dans notre article [Droit pénal des affaires : augmentation des risques et des activités d'application de la loi](#), nous abordons un certain nombre d'autres considérations relatives à la chaîne d'approvisionnement ayant trait au respect des lois.

Un cadre contractuel flexible

Les approches traditionnelles en matière de contrats sont rigides et reposent en grande partie sur des modèles d'ententes qui ne sont pas adaptés au contexte d'une entente particulière. La pandémie a démontré que cette approche, qui peut convenir dans des situations stables, ne tient pas compte de la manière dont une relation contractuelle peut être amenée à évoluer dans le temps. L'évolution des circonstances liées à la pandémie a mis en lumière l'importance d'un cadre contractuel flexible. On recommande aux clients et aux fournisseurs de revoir et mettre à jour leurs ententes avec leurs fournisseurs afin d'y intégrer la flexibilité nécessaire pour leur permettre de résister aux changements, tant dans le cadre de la relation que de manière plus générale.

Voici quelques exemples de changements et de modalités clés qui devraient être pris en compte et traités :

- remplacer les ententes à long terme qui empêchent les parties de faire des modifications unilatérales avec peu de recours par des ententes à plus court terme qui comprennent des droits de renouvellement unilatéral donnant au client une plus grande souplesse et une plus grande liberté d'action;
- ajouter des droits de résiliation précis liés à des cas d'inexécution qui peuvent être déterminés de manière claire;
- inclure des droits de résiliation pour raisons de commodité;
- ajouter des services détaillés d'assistance à la résiliation;
- éliminer les engagements de fourniture exclusive;
- inclure des modalités solides et détaillées relatives à la planification de la continuité des activités et à la reprise après sinistre;
- inclure des droits d'audit, des droits d'accès à l'information et des droits d'effectuer une vérification diligente continue plus solides;
- inclure des processus solides de gouvernance et de règlements des différends qui facilitent la transparence, la communication ainsi qu'une approche proactive pour repérer et résoudre les problèmes.

Même si ces dispositions sont largement favorables pour les clients, il demeure important pour les fournisseurs et les clients d'en discuter. Il est essentiel de favoriser une relation mutuellement bénéfique et fonctionnelle pour les deux parties afin d'avoir une chaîne d'approvisionnement résiliente. Malgré leurs réticences initiales à changer des pratiques contractuelles traditionnelles et ancrées dans le temps, les fournisseurs reconnaissent que les évolutions du marché et les risques accrus auxquels les clients sont maintenant confrontés devront être pris en compte à l'avenir.

Lorsque la stabilité ou la viabilité financière d'un fournisseur suscite des inquiétudes, il est conseillé de prévoir des protections contractuelles supplémentaires. Il convient toutefois de noter que les protections et les recours liés à l'insolvabilité d'un fournisseur, comme le droit de résiliation, sont susceptibles de n'avoir aucune force exécutoire dans de nombreux pays. Par conséquent, il est important de faire appel à un conseiller local en matière d'insolvabilité pour élaborer des protections créatives et exécutoires.

Il est essentiel de favoriser une relation mutuellement bénéfique et fonctionnelle pour les deux parties afin d'avoir une chaîne d'approvisionnement résiliente.

Entretenir les relations : gestion des fournisseurs et des contrats

Trop souvent, les clients concluent des ententes avec des fournisseurs, puis s'empressent de les ranger « dans un tiroir ». La pandémie a renforcé l'importance de gérer la relation entre le client et le fournisseur sur une base régulière, y compris le contrat entre ces derniers. Cela doit se faire dans la période qui suit la formation du contrat, afin de s'assurer que les processus, les droits et les recours qui se trouvent dans le contrat pour atténuer les risques sont évalués sur une base régulière et utilisés de manière adéquate comme outil de gestion de la relation entre le client et le fournisseur pour l'entreprise.

Il est important que les entreprises trouvent un équilibre adéquat entre l'exécution des modalités du contrat et le maintien de leur relation d'affaires sur une base régulière. Pour y arriver, elles peuvent soit effectuer un suivi régulier de la santé financière du fournisseur, soit se prévaloir des droits et des recours qui se trouvent dans le contrat. Les modalités du contrat peuvent et doivent être utilisées comme un outil essentiel dans la gestion des relations avec les fournisseurs.

Technologie

La pandémie a accéléré la mise en œuvre des technologies liées à la logistique de la chaîne d'approvisionnement et la dépendance à leur égard. Les logiciels et les plateformes d'intelligence artificielle (IA) sont exploités à l'échelle mondiale pour améliorer l'efficacité de la chaîne d'approvisionnement, que ce soit pour appuyer ses communications ou pour soutenir les processus internes ou la gestion des commandes.

De nombreux contrats traditionnels qui régissent la chaîne d'approvisionnement ne comportent pas de modalités et de conditions suffisamment solides quant à l'utilisation de la technologie dans la relation avec le fournisseur. Si un client et un fournisseur utilisent la technologie pour gérer et faciliter leur relation, il est important de s'assurer que les modalités appropriées relatives à l'utilisation de cette technologie y sont intégrées. Ces modalités comprennent les droits et les restrictions en matière de licence, les obligations de soutien et d'entretien de la technologie, les droits d'utilisation des données, les obligations en matière de sécurité des données, les droits de propriété intellectuelle et les modalités de répartition des risques.

Ces modalités peuvent être particulièrement délicates lorsque les parties utilisent l'IA dans le cadre des activités de la chaîne d'approvisionnement, car les modalités contractuelles traditionnelles relatives à l'utilisation des données et aux droits relatifs à la propriété intellectuelle ont peu de chances d'être adaptées. Il est donc important que les entreprises examinent attentivement les faits précis relatifs à l'utilisation de la technologie dans leurs relations avec les fournisseurs et qu'elles intègrent dans leur contrat des modalités adaptées à cette utilisation.

Coup d'œil sur 2022

La pandémie a renforcé l'importance d'adopter une approche flexible et adaptée au contexte des contrats de la chaîne d'approvisionnement qui résistera à l'incertitude de l'avenir. Nous pouvons nous attendre à ce que les perturbations actuelles de la chaîne d'approvisionnement perdurent, mais finissent tôt ou tard par disparaître. Cependant, nous pensons que les leçons tirées des défis de la gestion de la chaîne d'approvisionnement que la pandémie a mis en lumière représentent les meilleures pratiques que les clients et les fournisseurs devraient continuer à adopter, même si nous en finissons avec la pandémie et les problèmes liés à la chaîne d'approvisionnement qu'elle a engendrés.

AUTEURS



Andraya Frith
Associée et chef,
Droit du franchisage
et commerce de détail
afrith@osler.com
416.862.4718



Wendy Gross
Associée et chef,
Technologie
wgross@osler.com
416.862.6737



Shira Dveris
Stagiaire
sdveris@osler.com
416.646.3946