



Vade-mecum à l'attention des Equipes de Gestion et de Management



mwe.com

ANNEXES

Mise à jour au 10 avril 2020

INDEX

Annexes

Annexe 1 – Mise en place pratique de l'Activité Partielle Aidée

Annexe 2 – Prêts Garantis par l'Etat

Annexe 3 – Gestion Consolidée de la Trésorerie

Annexe 4 – Force Majeure et Imprévision

Annexe 5 – Analyse des clauses de *Material Adverse Change* dans les Contrats de Financement



Annexe 1 – Mise en place pratique de l'Activité Partielle Aidée

LA MISE EN PLACE PRATIQUE DANS L'ENTREPRISE

ETAPE 1 : CREATION D'UN COMPTE

Les informations nécessaires à la création d'un compte sur l'Extranet (<https://activitepartielle.emploi.gouv.fr>) sont :

- le n° de SIRET (ATTENTION : il est impératif que le n° soit correctement renseigné. En cas d'erreur, le compte ne pourra pas être créé) ;
- la dénomination de l'établissement ;
- son adresse (libellé de la voie, code postal, ville) ;
- son adresse électronique (ATTENTION : cette adresse sera votre point d'entrée avec l'administration en cas d'erreur de saisie, vous ne pourrez pas recevoir les notifications de décisions) ;
- son numéro de téléphone fixe ;
- les coordonnées de la personne à contacter (nom, prénom, adresse électronique et numéro de téléphone fixe) : elle sera destinataire de l'ensemble des décisions relatives à vos démarches ; • son RIB ;
- une question secrète et sa réponse.

Vous recevrez 2 mails à l'adresse mail renseignée lors de votre demande de création de compte, dont :

- un précisant l'identifiant,
- un autre précisant le mot de passe de connexion (si possible faire un copier/coller (sans les crochets) du mot de passe reçu, directement du mail, sur le site APA).

Une fois connecté, vous devez :

- compléter la fiche établissement ;
- tous les champs précédés d'un astérisque rouge sont de saisie obligatoire ;
- coordonnées bancaires : si celles-ci ne passent pas, bien vérifier votre saisie. Si le code BIC de votre RIB fait 11 caractères, il ne faut saisir que le 8iers. Après enregistrement de ces coordonnées bancaires, vérifier que le RIB soit actif (coche bleu vif dans la colonne « Actif » située à droite du RIB) ;
- dès lors que la fiche Etablissement est complétée vous pouvez saisir la demande d'autorisation préalable en cliquant dans le bandeau bleu en haut de l'écran « Demande d'autorisation préalable » « Saisir une demande d'autorisation préalable »

⚠ limitation à 1000 lignes par fichier

LA MISE EN PLACE PRATIQUE DANS L'ENTREPRISE

ETAPE 2 : DEMANDE D'AUTORISATION PREALABLE

La demande comporte **5 onglets** : *informations établissement ; motifs et mesures ; informations activité partielle ; récapitulatif et espace documentaire.*

1. informations établissement

- la date de la journée de solidarité : si vous n'avez pas cette information, mentionnez une date fictive (ex : 1er janvier)
- les informations sur l'organisme paritaire (OPCO) : information non bloquante si pas disponible

2. motifs et mesures

- cocher le motif « autres circonstances exceptionnelles », et mentionne en circonstances « coronavirus » en spécifiant les raisons ayant conduits à l'arrêt temporaire de son activité ;
- préciser l'ampleur des difficultés au moment de la demande (approvisionnement difficile ou impossible, difficultés d'accès...) ;
- et l'impact sur l'emploi (arrêt complet pour l'ensemble du personnel, pour une partie des activités, etc.) ;
- description de la sous-activité : cocher « suspension d'activité » si les salariés ne travaillent plus (soit 151,67h chômées par mois), et « réduction d'activité » s'ils peuvent travailler en partie sur la période considérée.

3. informations activité partielle

- la date de début doit correspondre au premier jour d'arrêt d'activité des salariés ;
- si l'entreprise maîtrise la date de reprise elle indique la durée prévisionnelle et calcule le nombre d'heures par salarié ;
- si l'entreprise ne dispose pas de visibilité, elle fait une demande jusqu'au 30 juin 2020 : en cas de reprise préalable une simple information à la DIRECCTE suffira pour interrompre la prise en charge.
- le nombre d'heures de chômage par salarié pourra varier en fonction de leur activité (ex : services techniques au travail / services administratifs ou commerciaux à l'arrêt).
- **Le nombre d'heures doit être calculé au plus juste selon la situation et sur la base ETP**

4. récapitulatif

- Il s'agit d'un permettant de vérifier les données saisies.

5. espace documentaire

!\ il est actuellement constaté – sans doute pour faciliter le traitement des demandes par l'administration – que l'onglet 5 n'accepte plus le téléchargement de pièces jointes

Nota : la DIRECCTE va vérifier la cohérence des informations fournies. Si le nombre d'heures semble fortement sous-estimé, elle pourra invalider pour permettre une correction. Il est donc conseillé aux entreprises qui ont des cas particuliers (CDD s'arrêtant avant l'échéance de la demande, temps partiels, évolution du chômage connue sur la période...) de le préciser dans un document explicatif joint dans l'espace documentaire.

LA MISE EN PLACE PRATIQUE DANS L'ENTREPRISE

ETAPE 2 : DEMANDE D'INDEMNISATION

1. Créer votre demande d'indemnisation

Sur l'Extranet, il convient de cliquer sur « Créer une DI » dans le menu « Demande d'indemnisation ».

S'il existe au moins une demande d'indemnisation, vous pouvez sélectionner l'onglet « Création d'une nouvelle demande d'indemnisation » sur l'écran de « Saisie/modification » d'une demande d'indemnisation.

Un code alphanumérique est nécessaire afin de créer toute demande d'indemnisation. Il permet de confirmer à l'administration que la demande d'indemnisation est bien rattachée à une décision d'autorisation signée et sécurisée comptablement et informatiquement toute la démarche.

Il est impératif qu'il soit correctement renseigné. Il se trouve dans la notification de la décision d'autorisation visée par l'administration et reçu électroniquement par l'établissement

2. Renseigner la demande d'indemnisation

La demande d'indemnisation doit impérativement comprendre :

- les noms et prénoms des salariés concernés ;
- le numéro de sécurité sociale des salariés ;
- la forme d'aménagement du temps de travail à laquelle ils sont soumis (pour le cas normal à 35h/semaine, cliquer le cas 1) ;

- le nombre d'heures prévu au contrat ;
- le nombre d'heures travaillées ;
- le nombre d'heures chômées pour chacune des périodes.

Les bulletins de paie des salariés faisant clairement apparaître le nombre d'heures non travaillées sont parfois demandés.

L'Extranet calcule automatique les heures à indemniser en fonction des modes de calculs prévus pour chaque mode d'aménagement du temps de travail.

Il est conseillé d'envoyer la demande d'indemnisation dès le matin du premier jour du mois afin de garantir le délai le plus court.

**Assurez-vous que
votre demande d'autorisation préalable
a bien été envoyée**

Une fois complétée, il faut cliquer sur « Envoyer » afin de la transmettre à la DIRECCTE. Si vous cliquez uniquement sur « Enregistrer » sans cliquer sur « Envoyer », la demande ne sera pas transmise à la DIRECCTE. La demande d'autorisation passe alors du statut « provisoire » au statut « en attente d'instruction UD » dans l'Extranet et le délai de traitement par l'administration de 15 jours (voire 48 heures actuellement) démarre à ce moment.



Annexe 2 – Prêts Garantis par l'Etat

OBTENIR UN PRÊT GARANTI PAR L'ETAT (PGE) DÈS LE 25 MARS JUSQU'AU 31 DÉCEMBRE 2020

QUI EST CONCERNÉ ?

- Entreprise française ayant une activité économique
- Société inscrite au répertoire national des entreprises
- Tout secteur d'activité
- Exclusions :
 - Sociétés civiles immobilières
 - Etablissements de crédit ou sociétés de financement
 - Entreprise en difficulté : il s'agit de sociétés qui ne respectent pas les ratios financiers européens ou étaient sous certaines procédures judiciaires avant le 1er janvier 2020
- Ratios financiers européen : dans le cas d'une entreprise autre qu'une PME, lorsque depuis les deux exercices précédents :
 - 1) le ratio emprunts/capitaux propres de l'entreprise est supérieur à 7,5 ; et
 - 2) le ratio de couverture des intérêts de l'entreprise, calculé sur la base de l'EBITDA, est inférieur à 1,0
- Procédures judiciaires françaises : sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire

IMPORTANT : une entreprise sous LBO n'est pas un critère d'exclusion, de même les bris de covenant ou le niveau de levier.

CARACTÉRISTIQUE DU PRÊT

Date de mise en place

- entre le 16 mars 2020 inclus et le 31 décembre 2020

Durée

- durée maximum 6 ans
- fixée unilatéralement par l'emprunteur à l'issue de la première année

Amortissement

- différé d'amortissement de 1 ans minimum
- option d'amortissement par l'emprunteur à l'issue de la première année pour décider d'amortir son crédit sur 1, 2, 3, 4 ou 5 années de plus

Garantie

- Aucune autre garantie ne peut être demandée pour l'obtention du prêt par la banque sauf si l'entreprise emploie plus de 5 000 salariés ou réalise plus de 1,5 milliard d'euros de chiffre d'affaires

Objet

- Peut être utilisé pour rembourser de l'endettement existant mais le niveau de concours que le prêteur détient à l'issue du PGE doit être supérieur au niveau des concours qu'il apportait à l'emprunteur à la date du 16 mars 2020

Taux

- les banques se sont engagées à octroyer les prêts à prix coûtant et donc proche de zéro aujourd'hui même s'il peut y avoir de petites différences entre les banques

OBTENIR UN PRÊT GARANTI PAR L'ETAT (PGE) DÈS LE 25 MARS JUSQU'AU 31 DÉCEMBRE 2020

QUEL MONTANT ?

Plafond individuel

- 25% du chiffre d'affaires HT 2019 constaté, ou du dernier exercice clos, sauf :
 - entreprise innovante : deux fois la masse salariale en France en 2019, hors cotisations patronales
 - entreprise créée depuis le 1er janvier 2019 : la masse salariale en France sur les deux dernières années d'activité, hors cotisations patronales

Plafond dit de « masse »

- groupe de sociétés de moins de 5000 salariés et moins de 1,5 milliard d'euros de CA :
 - même plafond que le plafond individuel mais prise en compte en cumulé des entreprises du groupe éligibles
 - dépôt une demande « groupée » pour l'ensemble des SIREN éligibles et qui donnera lieu à l'octroi d'un seul prêt

Plafond consolidé pour les groupes

- entreprise qui, en France, emploie plus 5 000 salariés ou réalisent plus de 1,5 milliard d'euros de chiffre d'affaires :
 - prise en compte uniquement des filiales enregistrées en France
 - chaque filiale doit respecter les critères d'éligibilité

CARACTÉRISTIQUE DE LA GARANTIE

Validité

- deux mois après le décaissement du prêt et pour la durée du prêt

Coût de la garantie

- Moins de 250 salariés **et** moins de 50 millions d'euros de CA
 - montant maximum garantie : 90%
 - coût : 1ère année : 0,25% / 2ème année : 0,50% / 3ème année : 0,50% / 4ème année : 1,00% / 5ème année : 1,00% / 6ème année : 1,00%
- Moins de 5000 salariés **et** moins de 1,5 milliard d'euros de CA :
 - montant maximum garantie : 90%
 - coût : 1ère année : 0,50% / 2ème année : 1,00% / 3ème année : 1,00% / 4ème année : 2,00% / 5ème année : 2,00% / 6ème année : 2,00%
- plus de 5000 salariés **ou** plus de 1,5 milliard d'euros de CA
 - montant maximum garantie : Si CA < à 5 milliards : 80% / Si CA > à 5 milliards d'euros : 70%
 - coût : 1ère année : 0,50% / 2ème année : 1,00% / 3ème année : 1,00% / 4ème année : 2,00% / 5ème année : 2,00% / 6ème année : 2,00%

OBTENIR UN PRÊT GARANTI PAR L'ETAT (PGE) DÈS LE 25 MARS JUSQU'AU 31 DÉCEMBRE 2020

SUBORDINATION / RANG

- Rang chirographaire / pari passu avec les autres créanciers chirographaires
- Ne rentre pas dans les principes de subordination. Les paiements sont donc libres et autorisés.

DISTRIBUTION DE DIVIDENDE

- Une grande entreprise qui demande un report d'échéances fiscales et sociales ou un prêt garanti par l'Etat s'engage à ne pas verser de dividendes en 2020 à ses actionnaires en France ou à l'étranger (hors entités ayant l'obligation légale de distribuer une fraction au cours de l'année 2020) ;
- La restriction sur les dividendes cible les actionnaires ultimes des grandes entreprises (i.e., celles qui employaient lors du dernier exercice clos, au moins 5.000 salariés ou qui ont réalisé un chiffre d'affaires consolidé supérieur à 1,5 milliard d'euros en France) et non la circulation du cash au sein d'un groupe, sous certaines réserves – voir **l'Annexe 3** sur la gestion consolidée de la trésorerie et les restrictions applicables aux grandes entreprises en matière de distributions.

TRANSFERT DE LA CRÉANCE PAR LES PRÊTEURS

- Autorisé mais perte de la garantie de l'Etat

PROCÉDURE D'OBTENTION

1^{ère} étape

- contacter sa banque habituelle ou nouvelle banque et obtenir un accord de principe (pré accord par retour d'email)

NOTE : Si les comptes 2019 certifiés ne sont pas disponibles, une attestation de l'expert-comptable est suffisante ou les comptes certifiés 2018

2^{ème} étape

- se connecter sur le site <https://attestation-pge.bpifrance.fr/> afin de générer une attestation de prêt garanti par l'Etat

3^{ème} étape

- transmettre l'attestation à la banque pour débloquer les fonds

/!\ S'assurer que la mise en place du PGE ne provoquera pas un cas de défaut au titre d'un endettement existant

/!\ Le cas échéant, préparer une demande de renonciation et modification de la documentation de crédit existante



Annexe 3 – Gestion Consolidée de la Trésorerie

LA GESTION DE LA TRÉSORERIE DU GROUPE CONFRONTÉ À DES DIFFICULTÉS FINANCIÈRES

Vendredi 27 mars, Bruno Le Maire, ministre de l'Economie et des finances, a appelé les entreprises bénéficiant des reports de cotisations ou d'aide à la trésorerie, à ne pas verser de dividendes aux actionnaires. Cette annonce, qui vise à s'assurer que les fonds d'urgence débloqués par l'Etat servent à venir en aide aux entreprises, a créé beaucoup d'inquiétude auprès des professionnels du *Leverage Buy-Out* (LBO), craignant que l'un des principaux rouages du service des dettes d'acquisition logées au niveau des holdings de reprise soit affecté.

Bercy s'est montré rassurant sur ce sujet en publiant jeudi 2 avril des précisions sur les entreprises concernées, qui seraient **uniquement les grandes entreprises** (*i.e.*, celles qui employaient lors du dernier exercice clos, au moins 5.000 salariés ou qui ont réalisé un chiffre d'affaires consolidé supérieur à 1,5 milliard d'euros en France) (les « **Grandes Entreprises** »).

Le soulagement des acteurs du *private equity* des secteurs *smid* et *mid-cap* provoqué par cette publication ne doit pas occulter la vigilance particulière dont fera preuve l'administration (sous la pression de nombreuses organisations, syndicales notamment) vis-à-vis des Groupes qui bénéficieront des aides d'état, que celles-ci prennent la forme de prêts garantis par l'Etat, d'aides financières ou du recours au chômage partiel.

Ainsi, lundi 30 mars, Bruno Le Maire invitait ainsi toutes les entreprises ayant accès au chômage partiel à « *faire preuve de la plus grande modération, soit –mieux- à donner l'exemple, à ne pas verser de dividendes.* » Par ailleurs, une requête serait en cours devant le Conseil d'Etat visant à interdire à toutes les sociétés du CAC 40 et aux sociétés qui réalisent plus de 150 millions d'euros de chiffre d'affaire de distribuer des dividendes en 2020.

Le périmètre des restrictions qui seront applicables aux groupes qui auront bénéficié des Dispositifs d'Aides ou qui auront eu recours au chômage partiel est en conséquence encore mouvant.

Si la question du service de la dette d'acquisition au sein des groupes sous LBO a été mise en lumière par les récentes discussions sur les distributions de dividendes, celle-ci mérite d'être appréciée de façon globale eu égard aux autres modalités de circulation du cash au sein des groupes afin d'anticiper les questions qui pourraient également venir se poser dans le contexte actuel.

L'objet de cette note est ainsi de venir préciser les règles applicables aux grandes entreprises s'agissant de la distribution des dividendes et de rappeler les précautions à prendre, pour les Groupes sous LBO, pour la gestion de leur trésorerie dans le contexte actuel.

LA GESTION DE LA TRÉSORERIE DU GROUPE CONFRONTÉ À DES DIFFICULTÉS FINANCIÈRES

I. LES RESTRICTIONS APPLICABLES AUX GRANDES ENTREPRISES EN MATIÈRE DE DISTRIBUTION DE DIVIDENDES ET LEUR IMPACT SUR LES GROUPES SOUS LBO

1. Une grande entreprise qui demande un report d'échéances fiscales et sociales ou un prêt garanti par l'Etat (les « **Dispositifs d'Aide** ») s'engage à :

- ne pas verser de dividendes en 2020 à ses actionnaires en France ou à l'étranger (hors entités ayant l'obligation légale de distribuer une fraction au cours de l'année 2020) ;

! *Toutes les distributions sont visées ici, que ce soit en numéraire ou en actions, en ce compris les acomptes sur dividendes et les distributions exceptionnelles de réserves (constituées préalablement à l'exercice 2020) – devraient également être considérées comme des distributions les opérations de réduction de capital non motivées par des pertes.*

- ne pas procéder à des rachats d'actions au cours de l'année 2020.

! *Ne sont pas concernées par ces engagements les entreprises qui ont pris de telles mesures avant le 27 mars 2020, ou qui ont une obligation légale de versement de dividende.*

2. Pour ces groupes, cet engagement couvre l'ensemble des entités et filiales françaises du Groupe considéré, quand bien même seules certaines de ces entités ou filiales bénéficieraient d'un soutien en trésorerie.

! *L'appréciation des critères du nombre de salariés ou de chiffre d'affaires se fait au niveau du Groupe, qui comprend l'ensemble des filiales détenues à plus de 95%.*

! *Les situations dans lesquelles une holding intermédiaire située hors de France est intercalée entre deux entités françaises devront être clarifiées, lorsque les distributions visent à servir les intérêts de la dette d'acquisition bénéficiant in fine à un Groupe dont la société mère est française.*

3. En cas de non-respect de cet engagement, les cotisations sociales ou échéances fiscales reportées ou le prêt garanti par l'Etat devront être remboursés avec application des pénalités de retard de droit commun. Ces majorations seront décomptées à partir de la date d'exigibilité normale des échéances reportées.

! *En ce qui concerne les PGE, une clause résolutoire sera introduite dans le contrat de prêt au moment de l'instruction de la demande prêt par les services du ministère de l'économie et des finances.*

LA GESTION DE LA TRÉSORERIE DU GROUPE CONFRONTÉ À DES DIFFICULTÉS FINANCIÈRES

I. DEMANDE D'INDEMNISATION LES RESTRICTIONS APPLICABLES AUX GRANDES ENTREPRISES EN MATIÈRE DE DISTRIBUTION DE DIVIDENDES ET LEUR IMPACT SUR LES GROUPES SOUS LBO

4. Les distributions intragroupes sont possibles (y compris au sein des grandes entreprises), lorsqu'elles ont pour effet au final de soutenir financièrement une société française (notamment lui permettre de respecter ses engagements contractuels vis-à-vis de ses créanciers).

!/\ Les distributions d'entités françaises bénéficiant de Dispositifs d'Aides d'un Groupe sous LBO qualifiant de Grande Entreprise à une holding de reprise située hors de France sont interdites.

!/\ En l'état actuel des annonces faites par le gouvernement, les Groupes sous LBO ne qualifiant pas de Grande Entreprise et dont la holding de reprise (qui porte la dette d'acquisition) n'est pas située en France échapperaient aux restrictions ci-dessus ; il faudra suivre l'évolution de ce sujet.

LA GESTION DE LA TRÉSORERIE DU GROUPE CONFRONTÉ À DES DIFFICULTÉS FINANCIÈRES

II. RAPPEL DES RÈGLES APPLICABLES À LA GESTION DE LA TRÉSORERIE AU SEIN DU GROUPE

Il sera certainement tentant d'envisager pour les groupes sous LBO inquiets des restrictions possibles sur les distributions de dividendes d'autres modalités de remontée de la trésorerie des filiales vers la holding d'acquisition pour les besoins du service de la dette. Dans le contexte de crise que nous traversons, au-delà des restrictions déjà annoncées par le gouvernement en matière de dividendes, il est recommandé aux Groupes sous LBO de faire preuve de la plus grande prudence dans la gestion de leur trésorerie lorsqu'ils bénéficieront d'aides d'Etat. Voici un rappel des principales limites à la circulation de la trésorerie au sein d'un groupe de sociétés.

1. La circulation de la trésorerie entre les sociétés d'un même Groupe, que ce soit par le biais d'une convention de centralisation de trésorerie ou de prêts intra-groupe (quelle que soit leur durée), n'est possible qu'à la condition d'un lien de contrôle effectif¹ entre les sociétés concernées.
 2. La trésorerie du Groupe ne se gère pas en consolidé, l'intérêt social de chaque filiale doit être respecté :
- les opérations mises en place pour faire circuler la trésorerie au sein du Groupe doivent être effectuées dans le respect de l'objet statutaire de chaque société participante²

¹C. monétaire et financier, art. L. 511-7, 1, 3°

²En application du principe de spécialité qui prévoit qu'une société commerciale n'agit valablement que si l'acte entre dans les limites de son objet statutaire.

³Cass.com., 7 novembre 1966, n°64-11.825 jugeant que le prêt accordé à une autre société, s'il est consenti à titre gratuit, ne peut être reconnu valable qu'à la condition que la société prêteuse en retire un « avantage notable »

! \ En pratique, les opérations de trésorerie sont généralement prévues dans les statuts de la société holding, mais le sont plus rarement dans les statuts des filiales – le cas échéant, il convient de modifier les statuts de la filiale avant de mettre en place une convention de trésorerie.

- l'existence pour chaque société partie à la convention de gestion de trésorerie, ou au prêt intra-groupe, d'une contrepartie effective, même lorsque le prêt est consenti à titre gratuit³.

! \ En l'absence d'un tel intérêt, l'opération pourrait être frappée de nullité sur le fondement de l'article 1832 du Code civil et générer, en outre, une mise en jeu de la responsabilité des dirigeants.

- la convention de gestion de trésorerie, comme le prêt intra-groupe, doit présenter pour chaque société un intérêt de façon que chaque société en retire une contrepartie.

LA GESTION DE LA TRÉSORERIE DU GROUPE CONFRONTÉ À DES DIFFICULTÉS FINANCIÈRES

II. RAPPEL DES RÈGLES APPLICABLES À LA GESTION DE LA TRÉSORERIE AU SEIN DU GROUPE

3. La notion d'intérêt commun aux sociétés participant à l'opération permettant la circulation de la trésorerie est au cœur de la jurisprudence venue encadrer les rapports entre les sociétés d'un même groupe. Trois conditions doivent être respectées afin de démontrer un intérêt commun à tous les participants au Groupe⁴ :

- i. les avances entre sociétés d'un même Groupe doivent être convenablement rétribuées et faites dans le cadre d'une politique élaborée pour l'ensemble du Groupe ;
- ii. les sacrifices éventuels demandés à l'une ou l'autre des sociétés doivent être réalisés dans l'intérêt économique, social ou financier du Groupe pour le maintien de son équilibre et pour la poursuite de la politique élaborée pour l'ensemble du Groupe ;
- iii. il ne faut pas que les sacrifices demandés à l'une ou l'autre des sociétés mettent en péril l'existence ou l'avenir de celle-ci.

A défaut, les dirigeants de la holding qui mettraient en place des conventions de trésorerie déséquilibrées avec des filiales auxquelles ils sont intéressés s'exposeraient à des poursuites sur le terrain de l'abus de biens sociaux.

4. D'un point de vue pratique, et afin d'éviter toute remise en cause sur le terrain de **l'acte anormal de gestion**, il est recommandé que les prêts intra-groupe soient consentis à des taux supérieurs au taux de refinancement, même si ceux-ci peuvent être consentis à un taux d'intérêt préférentiel inférieur à celui du marché.

5. En présence d'intérêts minoritaires au niveau des filiales, il conviendra d'être extrêmement prudent afin d'éviter la remise en cause de l'opération sur le terrain de l'abus de majorité. Ici encore, la notion de contrepartie réelle pour la filiale sera scrutée de près⁵ et l'intérêt du Groupe n'est pas celui de sa seule société mère qui le contrôle.

6. Une attention particulière doit être portée aux règles applicables à l'interdiction de l'assistance financière lors de la structuration du service de la dette. Les prêts consentis par la cible à la holding de reprise dans le cadre d'une convention de centralisation de trésorerie peuvent tomber sous le coup de l'article L. 225-216 du Code de commerce, selon lequel « une société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers. »

⁴Cass. crim., 4 févr. 1985, n°84-91.581, arrêt Rozemblum

⁵Cass.com., 18 avril 1961, n°58-11.394 jugeant qu'il faut pour constituer l'abus de majorité que soient réunies (i) la méconnaissance de l'intérêt collectif et (ii) la rupture intentionnelle de l'égalité entre les actionnaires.

LA GESTION DE LA TRÉSORERIE DU GROUPE CONFRONTÉ À DES DIFFICULTÉS FINANCIÈRES

II. RAPPEL DES RÈGLES APPLICABLES À LA GESTION DE LA TRÉSORERIE AU SEIN DU GROUPE

L'interdiction de l'assistance financière n'est applicable que si le prêt de trésorerie est consenti :

- préalablement ou concomitamment à l'acquisition des titres de la cible ; ou
- postérieurement à l'acquisition, dès lors qu'il est considéré comme ayant été prévu au moment de l'acquisition des titres de la cible.

Il ressort d'une jurisprudence récente que l'article L. 225-216 du Code de commerce serait d'interprétation stricte, de sorte que seules des avances, prêts et sûretés accordées par la cible en vue de l'acquisition de ses titres tombent sous le coup de l'interdiction. Dès lors que l'opération est postérieure, elle ne pourrait pas constituer une assistance financière prohibée. L'opération n'étant alors, logiquement, pas conclue « en vue de ». Il convient néanmoins de ne pas tirer de conclusions trop hâtives de cet arrêt : (i) il s'agissait en l'espèce d'une cession d'actifs, et par conséquent l'opération prenait une forme différente des modalités visées par le texte et (ii) celui-ci ne comporte ni affirmation d'un principe, et n'est pas considéré comme constituant une inflexion de la jurisprudence.

Ainsi, la structuration du service de la dette avec une convention centralisée de trésorerie mise en place post-closing, le cas échéant afin de contourner des restrictions qui seraient applicables à la distribution de dividendes au sein d'un Groupe constituée de filiales françaises et étrangères, soulèverait certainement un risque au regard de la réglementation prohibant l'assistance financières. Resterait également le terrain de la fraude à l'article L. 225- 216 précité si l'engagement de recourir à ces conventions, bien que conclues postérieurement à l'acquisition des titres par la holding, a été prévu antérieurement.

7. Enfin, comment ne pas rappeler dans le contexte actuel les risques de pratiques déséquilibrées au sein d'un groupe de sociétés en cas de procédures collectives. En cas de confusion de patrimoine, il existe un risque d'extension de la procédure collective d'une société à une autre, pouvant ainsi capter la holding tête de groupe et ses filiales opérationnelles. Ce risque de confusion de patrimoines sera notamment matérialisé dès lors que les relations réciproques entre les sociétés participantes à la centralisation de trésorerie (ou aux prêts intra-groupes) iront au-delà des rapports qui doivent normalement exister entre les entreprises d'un même groupe ou lorsqu'il y aura des flux financiers anormaux caractérisés entre ces sociétés.

Ainsi, une centralisation équilibrée ménageant l'intérêt de toutes les sociétés du groupe ne devrait pas faire naître de danger particulier. Toutefois, si la centralisation est déséquilibrée, des flux financiers anormaux pourront être caractérisés (e.g. si la rémunération est trop élevée, trop faible, si la société n'a plus la disposition de sa trésorerie).

Le risque pèse également sur le dirigeant : celui-ci s'exposerait également à une action en comblement de passif, à une extension de procédure, à une responsabilité pour insuffisance d'actif (si la société fait l'objet d'une liquidation judiciaire), à une obligation aux dettes sociale et à une faillite personnelle.



Annexe 4 – Force Majeure et Imprévision

CONTEXTE

- Le **30 janvier 2020**, l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) qualifie l'épidémie du coronavirus d'« *urgence de santé publique mondiale* », lors de la 2^{ème} réunion du Comité d'urgence, convoquée par le Directeur général de l'OMS, en vertu du Règlement sanitaire international concernant l'épidémie du coronavirus 2019.
- Le **28 février 2020**, à l'issue d'une réunion avec les partenaires sociaux au ministère du travail, le Ministre de l'économie et des finances, Bruno Le Maire, déclare que le coronavirus « *sera considéré comme un cas de force majeure pour les entreprises* » et que, par conséquent, « *pour tous les marchés publics de l'Etat si jamais il y a un retard de livraison de la part des PME et des entreprises nous n'appliquerons pas de pénalités* »
- Le **3 mars 2020**, le Ministre de l'économie et des finances, Bruno Le Maire, déclare un « *état d'urgence économique* » du fait de l'épidémie de coronavirus en France. A cette date, les entreprises françaises avaient déjà subi des pertes estimées à plus d'un milliard d'euros selon le Ministère de l'économie.
- Des mesures exceptionnelles sont ensuite prises par le Gouvernement français, notamment la réquisition des masques de protection et un décret réglementant le prix des gels hydro-alcooliques (décret n° 2020-197 du 5 mars 2020).
- Le **12 mars 2020**, dans son adresse aux Français, le Président de la République, Emmanuel Macron, annonce de nombreuses mesures économiques et sociales pour soutenir les entreprises et salariés français, et informer le public de la fermeture jusqu'à nouvel ordre de tous les établissements scolaires à compter du 16 mars 2020.
- Le **14 mars 2020**, dans une allocution solennelle, le Premier ministre, Edouard Philippe, annonce la fermeture de tous les lieux publics « *non indispensables à la vie du pays* ». Sont notamment appelés à fermer à partir du samedi minuit les bars, restaurants, cafés, cinémas ou encore discothèques.
- Magasins alimentaires, pharmacies, banques, bureau de tabac ou stations-essence peuvent néanmoins rester ouverts (arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19 et arrêté du 15 mars le complétant).
- Le **16 mars 2020**, le Président de la République, Emmanuel Macron, puis le ministre de l'intérieur, Christophe Castaner, ont annoncé des mesures de confinement pour endiguer l'épidémie de COVID-19 provoquée par le coronavirus, pour une durée de quinze jours au moins (décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19).

Dans ce contexte, la vie économique du pays se trouve durablement affectée. Se pose alors la question du sort des contrats en cours dont l'exécution est directement menacée.

I. Notions de force majeure et de changement de circonstances économiques

A. Le régime de la force majeure (1/2)

1. Evolution de la définition de la notion de force majeure

- La définition de l'événement constitutif d'un cas de force majeure a varié dans le temps.
- Traditionnellement, les trois conditions cumulatives fixées par la jurisprudence pour caractériser la force majeure étaient : imprévisibilité, irrésistibilité et extériorité (selon M. de Gouttes, premier avocat général près la Cour de cassation, dans son avis sur les arrêts d'Assemblée plénière du 14 avril 2006).
- Dans un second temps, la Cour de cassation a commencé à opérer une distinction entre :
 - (i) la matière contractuelle, dans laquelle le critère d'irrésistibilité pouvait suffire ; et
 - (ii) la matière délictuelle, dans laquelle l'exigence des trois critères cumulatifs était maintenue.
- Dans un troisième temps, à l'occasion de plusieurs arrêts essentiels rendus en Assemblée plénière (AP 14 avril 2006, n° 04-18.902 et n° 02-11.168), la Cour de cassation a donné une définition unique de la force majeure, valable aussi bien en matière contractuelle que délictuelle : **un événement imprévisible et irrésistible**.

Le critère d'extériorité, auparavant évoqué, semblait ainsi disparaître.
- Enfin, depuis la réforme du droit des obligations intervenue en 2016, le Code civil revient à la définition traditionnelle de la force majeure.

- Le nouvel article 1218 du Code civil définit la force majeure en matière contractuelle en retenant les trois critères classiques que sont l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité :

« Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur (...). »

2. Caractères de la force majeure (1/2)

- **Extériorité** – l'évènement en cause doit être indépendant de la volonté de celui qui doit exécuter le contrat.

D'une façon générale, et malgré le maintien de cette condition à l'article 1218 du Code civil (« *évènement échappant au contrôle du débiteur* »), la condition d'extériorité ne représente plus aujourd'hui une condition essentielle de la force majeure.

En effet, la qualification de force majeure a pu être retenue dans des situations où le critère d'extériorité pouvait être sujet à débat, et notamment :

- (i) en cas de grève (Civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, Bull. n° 54), ou encore
- (ii) en cas de maladie du débiteur (Civ. 1^{ère}, 10 février 1998, Bull. n° 53).

I. Notions de force majeure et de changement de circonstances économiques

A. Le régime de la force majeure (2/2)

2. Caractères de la force majeure (2/2)

- **Imprévisibilité** – en matière contractuelle, l'imprévisibilité s'apprécie au jour de la formation du contrat, le débiteur ne s'étant engagé qu'en fonction de ce qui était prévisible à cette date.

L'imprévisibilité s'apprécie à la lumière des « *attentes légitimes du créancier* » : il faut que l'événement-obstacle crée une difficulté d'exécution dont le créancier ne pouvait raisonnablement espérer la prise en charge par le débiteur (cf. STOFFEL-MUNCK sous civ. 1^{ère}, 06 novembre 2002, Bull. n° 258).

- **Irrésistibilité** – l'irrésistibilité correspond à l'impossibilité d'exécution. Deux précisions doivent être apportées à cet égard :

- il ne suffit pas que l'exécution de l'obligation soit rendue plus difficile ou plus onéreuse par la survenance de l'évènement extérieur. Il faut qu'elle soit effectivement impossible.

A titre d'illustration, la qualification de force majeure a été rejetée lorsqu'il était possible de substituer un transport aérien, plus onéreux, au transport maritime initialement prévu ; voir Com. 12 novembre 1969.

- si l'empêchement n'est que momentané, le débiteur n'est pas libéré de ses obligations. Celles-ci sont seulement suspendues jusqu'au moment où l'évènement extérieur vient à cesser. Ce principe jurisprudentiel (1^{ère} civ. 24 février 1981, Bull. n° 65) a été expressément repris à l'alinéa 2 du nouvel article 1218 du Code civil.

L'existence des éléments caractéristiques de la force majeure relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (Civ.1^{ère}, 29 mai 2001, n°99-20.237).

La Cour de cassation exerce toutefois son contrôle sur la prise en compte par les juges du fond des critères juridiques de la force majeure.

I. Notions de force majeure et de changement de circonstances économiques

B. Le régime du changement de circonstances économiques (1/2)

1. Les conditions de l'article 1195 du code civil

- L'article 1195 du Code civil dispose :

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

- Trois conditions sont ainsi posées par ces dispositions.
- **1^{ère} condition : un changement imprévisible de circonstances** – Il appartient au juge d'apprécier ce « changement imprévisible de circonstances » au cas par cas et *in concreto*. Le nouveau texte ne donne pas d'indication à cet égard, et nous manquons à ce stade de jurisprudence éclairante.

Il semble néanmoins possible de raisonner par analogie avec la jurisprudence du Conseil d'Etat : le changement doit être imprévisible pour un acteur économique raisonnable attentif à son environnement professionnel / économique.

Dans une affaire de 2014, la crise économique de 2008 a été reconnue comme un changement imprévisible.

A l'inverse, le changement imprévisible n'a pas été retenu s'agissant du développement des jeux en ligne ou de l'interdiction de fumer dans les lieux publics (CAA Marseille, 24 février 2014, n° 12MA00109 ; CAA Marseille, 3 avril 2018, n° 06MA01355).

- **2^{ème} condition : une onérosité excessive** – Cette condition renferme, en réalité, deux idées distinctes.

Le débiteur souhaitant se prévaloir des dispositions de l'article 1195 du code civil devra en effet démontrer, d'une part, un lien de causalité entre le changement de circonstances et l'augmentation du coût du contrat et, d'autre part, le caractère excessif du renchérissement du contrat.

Selon la doctrine, « *l'onérosité excessive se rencontre quand l'exécution se fait excessivement à perte. Dans cette optique le critère s'apprécie au regard de l'économie du contrat en cause et non des capacités du débiteur* » (v. Ph. STOFFEL-MUNCK, AJ Contrats d'affaires 2015, p. 262, « La résiliation pour imprévision »).

- **3^{ème} condition : l'absence de stipulation contraire** – Les dispositions de l'article 1195 du Code civil ne sont ni d'ordre public, ni impératives.

Supplétives de volonté, elles peuvent ainsi être écartées par contrat. A ce titre, il doit être rappelé que beaucoup de contrats signés après la réforme de 2016 contiennent une clause écartant le dispositif de l'article 1195 du Code civil.

I. Notions de force majeure et de changement de circonstances économiques

B. Le régime du changement de circonstances économiques (2/2)

2. La mise en œuvre du dispositif de l'article 1195 du code civil

- La mise en œuvre du mécanisme de l'article 1195 s'effectue par étapes successives, laissant aux parties la possibilité de négocier et de parvenir à un accord, le juge n'intervenant, le cas échéant, qu'en tout dernier lieu.
- **1^{ère} étape : renégociation** – La partie qui subit l'imprévision peut demander une renégociation à son cocontractant (article 1195 al. 1 du code civil).

L'article 1195 du code civil présente la phase de renégociation du contrat comme le préalable aux mesures qui pourront suivre, celles-ci n'étant possible « *qu'en cas de refus ou d'échec de la renégociation* ».

Aucune forme particulière n'est requise pour la présentation de la demande. Toutefois, la partie demanderesse a intérêt à constituer la preuve qu'elle a présenté cette demande et celle, le cas échéant, du refus qui lui a été opposé ou de l'échec de la tentative de renégociation.

Rien n'est expressément indiqué quant au contenu de la demande. Cependant, selon certains auteurs, il serait souhaitable que celle-ci (i) vise expressément l'article 1195 du Code civil, (ii) mentionne le changement de circonstances invoqué (imprévisible et excessivement onéreux), et (iii) précise les conséquences que tirera le demandeur d'un défaut de réponse ou d'une réponse négative (Mémento expert, Cessions de parts et actions 2019-2020, éd. Francis Lefebvre, n° 75440).

Sauf accord contraire des parties, ni la demande ni même l'engagement d'une renégociation n'a pour effet de suspendre les obligations de la partie qui a invoqué l'imprévision ; celle-ci demeure donc tenue de s'exécuter pendant toute la période de renégociation (article 1195 al. 1 du code civil)

- **2^{ème} étape : refus ou échec de la renégociation** – En cas d'échec de la renégociation, les parties peuvent soit convenir de la résolution du contrat, soit demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat (*via* une requête conjointe, conformément aux articles 54 et 57 du Code de procédure civile).

Selon le Professeur Molfessi, la question de savoir si les conditions de l'article 1195 sont remplies à ce stade n'entre plus dans le débat. En se tournant d'un commun accord vers le juge pour qu'il adapte le contrat, les parties renoncent à débattre de la légitimité de la demande initiale de renégociation.

- **3^{ème} étape : recours unilatéral au juge pour réviser ou résoudre le contrat** – Si les parties ne parviennent pas, dans un délai raisonnable, à un accord sur une renégociation, sur une résolution, ou sur le recours au juge de façon amiable, le juge peut alors être saisi par une seule partie afin de réviser le contrat ou d'y mettre un terme, à la date et aux conditions qu'il fixe.

La faculté de saisir le juge n'est pas réservée à la seule partie qui subit l'imprévision et qui a demandé la renégociation amiable du contrat ; elle peut également émaner de l'autre partie.

Le juge saisi peut alors soit réviser le contrat, soit y mettre fin, le choix entre ces deux solutions dépendant du contenu des demandes formulées par les parties.

II. Rappel : absence d'obligation de « *mitigate* » en droit français

- **Définition de l'obligation de « *mitigate* »** – Le principe selon lequel il y aurait une obligation pour la victime de réduire son préjudice ou d'empêcher l'aggravation de ce dernier est inspiré du *Common law* et existe dans de nombreux pays, notamment en Allemagne (BGB, art. 254), en Italie (C. civ. art. 1227) ou encore en Suisse (C. obligations suisse, art. 44 et 99).
- **Position traditionnelle du droit français** – Le droit français a toujours été réticent à consacrer une telle obligation. La jurisprudence a énoncé à plusieurs reprises le principe de non-obligation pour la victime de minimiser son dommage en droit français, et ce tant dans le domaine de la responsabilité délictuelle (Civ 2^{ème}, 19 juin 2003, n° 01-13.289) qu'en matière de responsabilité contractuelle (Com., 10 juillet 2013, n° 12-13.851).
- **Critiques** – Cette position de principe reçoit un accueil de plus en plus mitigé de la part de la doctrine : certains auteurs parlent même d'un isolement du droit français sur la scène internationale (notamment S. Hocquet-Berg).
- **Tentatives d'évolution** – Certains indices permettent de penser qu'une évolution serait possible, notamment :
 - différents projets de réforme du droit de la responsabilité ont tenté d'inclure l'obligation de minimiser son dommage dans le domaine contractuel pour les dommages matériels (art. 1373 du projet Catala et art. 53 du projet Terré) ;
 - l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile présenté par M. Urvoas prévoit l'obligation pour la victime de prendre des mesures « *sûres et raisonnables* » au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice (art. 1263) ;
 - un arrêt de la Cour de cassation (Cass. civ. 2^{ème}, 24 novembre 2011, n° 10-25.635) avait laissé entrevoir un possible revirement concernant les dommages matériels (cf. H. Adida-Canac, « Mitigation of damage : une porte entrouverte », D. 2012, p. 141)
- **Infléchissements en matière commerciale** – La Cour de cassation a pu tenir compte du comportement de la victime postérieur au fait dommageable dans l'allocation de dommages et intérêts, notamment en matière de rupture brutale de relations commerciales.

Dans un arrêt du 6 juin 2001, il a ainsi été reproché au demandeur de s'être délibérément placé en situation de dépendance économique alors même qu'existaient des solutions de diversifications, (Cass. com., 6 juin 2001, n° 99-20.831).

La Cour de cassation a suivi un raisonnement similaire plus récemment (Cass. civ. 3^{ème}, 21 juin 2018, n° 17-15.897). En l'espèce, le demandeur a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt ayant limité la réparation due au demandeur, au motif que celui-ci n'avait rapporté la preuve qu'il avait tenté de limiter les conséquences dommageables de son préjudice.
- **Position en droit du commerce international** – Le « *duty to mitigate* » est reconnu notamment par :
 - Art. 77 de la Convention de Vienne du 10 avril 1980 : « *La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée* » ; ou encore
 - art. 7.4.8 § 1 des principes d'Unidroit : « 1) *Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables. 2) Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice* ».

III. Antécédents jurisprudentiels en présence d'épidémies (1/2)

Jurisprudences retenant la qualification de force majeure en présence de maladies ou d'épidémies

- **CA Aix-en-Provence, 08 novembre 2018 (n° 17/14949)** : la cour d'appel a jugé que la maladie d'un locataire-gérant constituait un cas de force majeure puisqu'il rendait impossible la poursuite de l'exploitation du fonds de commerce en cause.

En l'espèce, le demandeur produisait des pièces attestant qu'il lui était nécessaire de subir une opération chirurgicale en urgence).

- **CA Paris, 17 mars 2016 (n° 15/04263)** : la cour d'appel a jugé qu'une épidémie d'Ebola pouvait bien sur le terrain du principe être considérée comme un cas de force majeure, à condition que qu'un lien de causalité soit établi entre l'épidémie et la baisse d'activité de la société.
- En l'espèce, le lien de causalité n'était pas démontré.
- **CA Agen, 21 janvier 1993** : la cour d'appel a jugé qu'une épidémie de brucellose bovine revêtait les caractères de la force majeure, et par conséquent, entraînait l'exonération totale du gardien des animaux ayant causé le dommage.

Jurisprudences écartant la qualification de force majeure en présence d'une épidémie (1/2)

- **CA Basse-Terre, 1^{ère} ch. Civ., 17 décembre 2018 (n°17/00739)** : la cour d'appel a jugé que la présence du virus Chikungunya ne constituait pas une cause de force majeure en dépit de ses caractéristiques (douleurs articulaires, fièvre, céphalées, fatigue..) et de sa prévalence dans l'arc antillais et singulièrement sur l'île de Saint-Barthélemy courant 2013-2014.

En effet, cette épidémie ne pouvait, en l'espèce, être considérée comme ayant un caractère irrésistible puisque cette maladie pouvait être soulagée par des antalgiques et était généralement surmontable (les intimés n'ayant pas fait état d'une fragilité médicale particulière).

- **CA Besançon, 2^{ème} ch. Com., 08 janvier 2014 (n°12/02291)** : la cour d'appel a écarté la qualification de force majeure en présence de l'épidémie de grippe H1N1.

En l'espèce, la condition d'imprévisibilité n'étant pas remplie.

- **CA Paris, 29 mars 2016 (n°15/12113)** : pour s'opposer à l'acquisition de la clause résolutoire d'un bail du fait du non-paiement des loyers, le preneur soutenait avoir été confronté à un cas de force majeure constitué par la propagation du virus Ebola en Afrique et par la montée du djihadisme, ayant provoqué une crise du secteur hôtelier au Sénégal, d'où provenaient ses ressources.

La cour d'appel de Paris a jugé que la propagation du virus Ebola en Afrique et la montée du djihadisme au Sénégal ne rendaient pas l'exécution des obligations du preneur « impossible ».

III. Antécédents jurisprudentiels en présence d'épidémies (2/2)

Jurisprudence écartant la qualification de force majeure en présence d'une épidémie (2/2)

- **CA Nancy 1^{ère} ch. Civ., 22 novembre 2010 (n° 09/0003)** : un comité d'établissement d'une clinique demandait la résolution judiciaire d'un contrat de voyage pour cause de force majeure, à raison de l'épidémie de Dengue sévissant en Martinique.

La cour a jugé que les conditions de la force majeure n'étaient pas réunies en l'espèce, de sorte que le comité d'établissement ne pouvait s'exonérer de son obligation contractuelle de payer la totalité du prix du séjour.

Pour statuer comme elle l'a fait, la cour a retenu que l'épidémie invoquée ne présentait pas un caractère nouveau et sévissait dans cette région depuis le début des années 1980 (le critère de l'imprévisibilité faisait donc défaut).

La cour a également pris en considération le pourcentage de personnes touché par l'épidémie (en l'espèce que 5% de la population), l'impact des mesures de protection individuelle quant à la propagation de l'épidémie (en l'espèce, l'utilisation de moustiquaires et de répulsifs, port de vêtement long) et la non complication de la majorité des personnes touchées par l'épidémie (peu de morts) ; le critère de l'irrésistibilité faisait donc lui aussi défaut.

- **CA Paris, 25 septembre 1998 (n° 1996/08159)** : les clients d'une agence de voyage demandaient l'annulation de leur contrat sur le terrain de la force majeure, les trois derniers jours de leur séjour devant se dérouler en Inde, dans une région où une épidémie de peste s'était déclarée.

- La cour d'appel de Paris a rejeté la qualification de force majeure en estimant que :

- (i) la gravité de l'épidémie n'était pas suffisante (pas de mesures de protection sanitaires prises par les compagnies aériennes nationales, qui n'avaient notamment pas annulé leurs courriers dans la région concernée) et ;
- (ii) que des traitements préventifs existaient (existence notamment d'un antibiotique préventif ne présentant pas de dangers).

IV. Eléments militant en faveur de la thèse de la force majeure en présence du coronavirus SARS-CoV-2

- Afin de déterminer si l'épidémie du Covid-19 et les mesures gouvernementales mises en œuvre en France dans ce cadre sont constitutives d'un événement de force majeure, il convient d'étudier la situation à la lumière des conditions fixées à l'article 1218 du Code civil.
- **Condition d'extériorité** – Il semble que le critère soit d'emblée rempli s'agissant (i) d'une épidémie s'étant déclarée dans un pays étranger avant de gagner la quasi-totalité des pays du monde, et (ii) de mesures gouvernementales particulièrement exceptionnelles.
- **Condition d'imprévisibilité** – Tout dépendra de la date à laquelle l'engagement contractuel a été souscrit :
 - il est très probable que le critère d'imprévisibilité sera rempli s'agissant de contrats conclus avant janvier 2020 ;
 - il est tout aussi très probable que le critère d'imprévisibilité fera défaut pour tous les contrats conclus depuis l'annonce des mesures gouvernementales du mois de mars 2020 destinées à lutter contre la propagation de l'épidémie ;
 - un débat pourra subsister pour les contrats conclus en janvier et février 2020. Au cours de cette période, les mesures gouvernementales n'avaient certes pas encore été décidées en France, mais étaient-elles pour autant imprévisibles ?

En effet, l'épidémie était déjà connue au niveau international (la Chine l'a déclarée à l'OMS le dernier jour de l'année 2019, et l'OMS a déclaré le 30 janvier 2020 que le virus constituait une urgence de santé publique de portée internationale) et des mesures de confinement ont peu à peu été décidées dans plusieurs pays.
- **Condition d'irrésistibilité** – Il conviendra de démontrer l'impossibilité d'exécuter, ainsi que l'absence de solutions de substitution. Pour un contrat de vente par exemple, il s'agira d'établir l'impossibilité de trouver un autre circuit d'approvisionnement du produit ; pour une prestation de services, l'impossibilité de prester le service d'une autre façon.
- C'est probablement ce critère de l'irrésistibilité (impossibilité réelle) qui fera l'objet des débats les plus vifs. Quelques éléments de contexte pourraient néanmoins jouer en faveur de la théorie de la force majeure :
 - d'une part, le ministre de l'Economie a lui-même déclaré le 28 février 2020 que le coronavirus « **sera considéré comme un cas de force majeure pour les entreprises** ». Ces déclarations n'ont certes pas de portée juridique s'agissant des contrats de droit privé, et ne lient donc pas les juges, mais démontrent néanmoins que la thèse de la force majeure mérite une attention toute particulière dans le contexte de la crise du coronavirus.
 - d'autre part, la jurisprudence présentée ci-avant, même si elle rejette le plus souvent les arguments fondés sur la force majeure, paraît pouvoir être exploitée dans le contexte tout à fait particulier du coronavirus SARS-CoV-2, dont l'ampleur est si importante qu'elle a nécessité l'adoption de mesures gouvernementales exceptionnelles, sans précédent à l'échelle de la France.
- En tout état de cause, si les critères d'extériorité et d'imprévisibilité sont bien remplis et que seule fait défaut l'irrésistibilité, il sera alors possible (à moins que cette faculté ait été exclue par contrat) de faire jouer la théorie de l'imprévision obtenir la renégociation (ou la résolution) du contrat.



Annexe 5 – Analyse des clauses de *Material Adverse Change* dans les Contrats de Financement

LES CLAUSES DE MAC DANS LES CONTRATS DE CRÉDITS

Une clause de *material adverse change*¹ (la « **MAC** ») permet à l'un des contractants d'invoquer la survenance d'évènements entraînant des changements significatifs défavorables, intervenant soit avant la conclusion définitive du contrat envisagé (*i.e.* pendant la période de réalisation) soit en cours d'exécution du contrat, pour se désengager, ou d'utiliser ce droit pour renégocier les termes de son engagement.

La MAC intervient principalement dans :

- les opérations d'acquisitions : elle vise des événements susceptibles d'intervenir entre la signature (*signing*) et la réalisation (*closing*) d'une opération. Dans ce cas, l'opération ne sera définitivement réalisée que si, au *closing*, aucun changement significatif défavorable n'est intervenu ;
- les contrats de financement : la MAC a alors pour objet d'ériger la survenance d'un ou plusieurs événements spécifiques (plus ou moins circonstanciés, en fonction de la négociation des parties) en un cas de défaut de l'emprunteur (ou cas de défaut potentiel) permettant ainsi au prêteur d'exiger par exemple un remboursement anticipé total, le blocage de tirages successifs (lignes RCF ou de croissance par exemple) ou encore l'augmentation du taux d'intérêt².

Dans l'environnement très *seller-friendly* des opérations de M&A et de Private Equity précédant la pandémie du Coronavirus, la probabilité de trouver des opérations signées mais non encore réalisées qui risqueraient d'être remises en question par la présence d'une MAC est faible ... En revanche, dans (presque) toutes les opérations financées par de la dette en France, les contrats de financement contiennent des MAC.

Faut-il donc s'attendre à ce que les prêteurs puissent invoquer la crise provoquée par le Coronavirus pour exercer leurs clauses MAC ?

L'objet de cette note est donc d'analyser la portée de ces MAC dans les contrats de financement et de mesurer les risques qu'elles soient activées
Changement/effet significatif défavorable en français.

¹ Changement/effet significatif défavorable en français.

² Mestres J., *Clauses MAC (material adverse change)*, Les principales clauses des contrats d'affaires, Lextenso, déc. 2018, n°1057

I. LA MAC DANS LES CONTRATS DE CRÉDITS

1. Il y a presque autant de rédactions différentes de MAC que de contrats de financement.
2. Toutefois, dans la majorité des cas, la MAC est définie comme (ou autour des concepts suivants) « *la survenance de tout fait ou événement, affectant ou susceptible d'affecter, de façon défavorable et significative (i) la situation financière ou les actifs, le patrimoine ou l'activité du Groupe dans son ensemble ou (ii) la capacité de l'Emprunteur à satisfaire ses engagements de paiement ou de respect des ratios financiers ou (iii) la légalité, la validité ou l'opposabilité de l'un quelconque des documents de sûretés.* »
3. Dans le contexte de crise que nous traversons, les critères susceptibles d'être invoqués par les établissements de crédit pour qualifier une MAC sont donc ceux relatifs à (i) la situation financière, au patrimoine ou à l'activité de l'Emprunteur, ou (ii) la capacité de l'Emprunteur à payer ses échéances ou à remplir dans le futur ses engagements au titre des ratios financiers.

II. LE RÉGIME DE LA MAC EN DROIT FRANÇAIS

4. Il n'existe pas de définition légale ou jurisprudentielle de la MAC en droit français. C'est donc le droit commun des contrats qui leur est applicable³.
5. Les MAC présentent une nature juridique *sui generis*. L'imprévisibilité et l'existence éventuelle des critères d'extériorité et d'irrésistibilité tendent à rapprocher certaines MAC des clauses de force majeure.

Toutefois, l'assimilation avec la force majeure n'est pas pertinente. Là où la force majeure constitue une cause exonératoire de la responsabilité contractuelle, les MAC ont une nature « résiliatoire » et permettent de mettre un terme anticipé au contrat de crédits.

6. La question s'est posée de la compatibilité entre l'article 1195 du Code civil⁴ et la MAC clause.

L'article 1195 du Code civil octroie notamment au juge un pouvoir de révision du contrat pour imprévision et impose à la partie qui l'invoque de continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. A l'inverse, la survenance d'un événement constitutif d'une MAC conduit à la suspension ou la résiliation du contrat⁵.

La MAC et l'article 1195 du Code civil n'auraient donc pas le même champ. Par conséquent, la stipulation d'une MAC ne devrait pas emporter automatiquement renonciation à l'invocation de l'article 1195 du Code civil, à moins que cela ne soit explicitement indiqué dans la clause.

³Sont notamment applicables aux MAC clauses les articles 1102 s., 1304, 1304-2 et 1304-3 du Code civil

⁴C. civ., art. 1195, al. 1 : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. »

⁵Attar-Rezvani A., *La mise en œuvre des sanctions et l'objectif de prévisibilité des sanctions – La prévisibilité des sanctions contractuelles dans les opérations de fusions-acquisitions*, Revue Droit & Affaires n°14, nov. 2017, n°II.

III. ÉCLAIRAGE DE LA JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE (1/2)

7. Compte tenu de l'absence de jurisprudence française sur ce sujet, il est intéressant de rechercher les éclairages de la pratique anglo-saxonne.

En effet, alors que dans la pratique anglo-saxonne récente, les emprunteurs ont progressivement réussi à imposer l'absence de MAC parmi les cas de défaut dans les contrats de financement, l'interprétation des MAC dans les contrats plus anciens, et notamment à l'occasion de la crise de 2008, a alimenté une jurisprudence plus riche qu'en France.

8. Il en ressort tout d'abord que compte tenu des conséquences possibles d'une MAC, les juges adoptent une interprétation très stricte de ces clauses.
9. Ainsi, par exemple, dans une décision rendue par les tribunaux anglais, la MAC invoquée prévoyait que le changement significatif serait apprécié en fonction de la « *situation financière de la société* ». Dans cette affaire, les juges ont refusé de reconnaître que la MAC était qualifiée en retenant qu'au moment où celle-ci a été invoquée, la société n'avait pas encore établi de comptes ce qui rendait impossible de savoir s'il y avait eu ou non un changement significatif dans sa situation financière. La référence à la « *situation financière* » devait donc être lue non pas comme un concept abstrait, mais comme nécessitant un constat documenté par, littéralement, une situation financière *ante* et une situation financière *post*. Sans cela, impossible de constater un changement significatif⁶.

10. La jurisprudence américaine a, quant à elle, pu estimer qu'il fallait regarder si le changement significatif défavorable était important pour l'accord dans son ensemble afin de déterminer si une MAC avait été violée⁷. Une autre décision a pu préciser qu'un changement défavorable était important s'il menaçait substantiellement l'accord dans le temps⁸.
11. Les tribunaux américains apprécient également les termes du contrat pour déterminer si un changement significatif défavorable a ou non eu lieu. Ils examinent l'ampleur de l'impact de l'événement sur l'activité de la partie concernée, si le changement allégué était envisagé par les parties au moment où elles ont signé le contrat et s'il était sous le contrôle des parties⁹. A ce titre, la jurisprudence a précisé à de nombreuses reprises que pesait une lourde charge de la preuve sur celui qui souhaitait invoquer une MAC clause¹⁰.
12. Il semble falloir réunir des conditions d'une particulière gravité pour qu'une MAC soit qualifiée à la faveur de l'établissement prêteur ; comme par exemple un cumul de (i) l'arrestation du CEO de la société, (ii) la condamnation de la société à 3.3 milliards de dollars d'amende fiscale (avec une forte probabilité que des amendes similaires soient à nouveau prononcées pour les exercices futurs et (iii) une mesure de saisie de l'essentiel des actifs de la société¹¹.

⁶Re TR Technology Investment Trust plc (1988) 4 BCC 244.

⁷Akorn, Inc. v. Fresenius Kabi AG, 2018 WL 4719347, (Del. Ch. Oct. 1, 2018).

⁸In re IBP, Inc. Shareholders Litig., 789 A.2d 14, 40 (Del. Ch. 2001).

⁹In re Lyondell Chem. Co., 567 B.R. 55, 122 (Bankr. S.D.N.Y. 2017).

¹⁰Hexion Specialty Chemicals, Inc. v. Huntsman Corp., 965 A.2d 715, 738-39 (Del. Ch. 2008) ; In Re Bank of America Corp. Securities, Derivative, 757 F. Supp. 2d 260 (S.D.N.Y. 2010).

¹¹BNP Paribas SA v. Yukos Oil Co (2005) EWHC 1321.

III. ÉCLAIRAGE DE LA JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE (2/2)

13. La Haute Cour de Justice anglaise (*High Court of Justice*) a eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation d'une MAC en suivant les lignes directrices suivantes :
- pour être significatif, le changement défavorable doit affecter de manière substantielle la capacité de l'emprunteur à réaliser l'opération ;
 - le changement en question ne peut être temporaire ou transitoire ; et
 - un prêteur ne peut pas invoquer une MAC sur la base de circonstances dont il avait connaissance lors de la conclusion du contrat¹².
14. A la suite de la crise de 2008, les tribunaux anglais se seraient montrés peu favorables à autoriser les parties à se prévaloir d'une MAC sur la base d'un retournement de la situation économique¹³. Aux Etats-Unis les MAC auraient tendu à exclure de leur champ d'application les changements industriels et économiques¹⁴.
15. La jurisprudence anglaise et américaine semble donc requérir un changement décisif d'une importance réelle, voire considérable, et la dégradation de la situation commerciale ou financière du débiteur doit être durable.

Enfin, ces tribunaux semblent appliquer une analyse factuelle des faits et les événements à court terme ou les conditions économiques défavorables ayant un effet négatif temporaire sur l'emprunteur ne constitueraient probablement pas un effet négatif suffisamment important pour déclencher une MAC clause.

¹²Grupo Hotelero Urvasco SA v. Carey Value Added SL (Carey) (2013) Bus. L.R. D45.

¹³Thames Valley Power Limited v. Total Gas and power limited (2005) EWHC 2208 (Comm).

¹⁴Clavarino N., Reversac J.-M., Les clauses de changement significatif défavorables les (« MAC clauses ») après la crise d'août 2007 – Quelle est leur portée, en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis dans le contexte actuel de crise financière ?, RDBF n°7, nov. 2009, n°13 s.

¹⁵C. civ., art. 1304-2.

IV. LES LIMITES DE LA MAC (1/2)

16. Les limites de la MAC sont de plusieurs natures. A ce titre, si un établissement de crédit souhaitait activer une MAC au titre de la pandémie du Covid-19, un emprunteur pourrait lui opposer des arguments suivants tirés des éléments suivants :
17. **Prohibition des conditions purement potestatives** – La réalisation de l'événement qui permet à un contractant de se désengager ne doit pas dépendre de sa seule volonté, à peine d'entraîner la nullité de l'obligation¹⁵.
18. **Remise en question de la MAC sur le terrain du déséquilibre significatif** – La MAC créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties pourrait être remise en question au visa de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Le risque sera d'autant plus important que la clause sera large et permettra au débiteur de se désengager facilement, notamment lorsque le jeu de la clause entraîne une déchéance du terme.

La sanction de l'abus ou du déséquilibre significatif pourrait courir seulement dans l'hypothèse où la rédaction de la MAC et sa mise en œuvre conduirait à un arbitraire contractuel avéré et disproportionné avec les risques de défaillance ou d'insolvabilité de l'emprunteur. Ce risque pourra notamment être apprécié à l'aune des garanties octroyées aux prêteurs.

IV. LES LIMITES DE LA MAC(2/2)

19. Force majeure – Le recours par l'emprunteur à la notion de force majeure¹⁷ peut être envisagé s'il parvient à démontrer qu'il ne pouvait pas éviter les effets de l'événement par des mesures appropriées, et que ce dernier empêche l'exécution de l'obligation.

Si l'emprunteur parvenait à justifier son inexécution en recourant à la notion de force majeure, il pourrait soit suspendre son obligation envers le prêteur, si l'empêchement était temporaire, soit demander la résolution de plein droit du contrat de prêt si l'empêchement était définitif, ce qui toutefois semblerait difficile à invoquer en pratique.

20. Bonne foi et loyauté contractuelle – En cas de litiges, les MAC seront soumises au pouvoir d'interprétation du juge. Ce dernier pourra notamment mesurer la gravité de l'événement eu égard au risque réel encouru par l'établissement de crédit. En particulier, le test de la MAC s'élève lorsque seuls sont remis en questions la capacité de l'emprunteur à respecter des obligations techniques (e.g. ratios financier) sans que sa capacité à satisfaire à ses obligations fondamentales (remboursement des échéances et des intérêts) ne soient remises en cause. Aussi, et quand bien même les clauses seraient rédigées de manière précise, leur application resterait subordonnée aux exigences de la bonne foi de l'article 1134 du Code civil et aux limites de l'abus.

La jurisprudence a également donné un sens plus étendu à cette obligation de bonne foi qui implique une obligation de loyauté et d'honnêteté. Ce sens plus étendu permet aux tribunaux de sanctionner tout comportement d'une partie qui nuit, sans raison valable, aux intérêts du cocontractant¹⁸. Ainsi, et selon certains auteurs, il ne serait peut-être pas inopportun de se rallier à l'idée selon laquelle l'obligation d'exécution loyale des conventions se double de l'obligation de respecter une promesse implicite de stabilité et de financement¹⁹.

21. Interprétation stricte – La précision de la définition de la MAC sera essentielle. En effet, les MAC clauses se rapprochent des clauses résolutoires dont la jurisprudence fait une interprétation très stricte. Aussi, en matière de déchéance du terme, la jurisprudence est attentive à l'identification du cas de défaut invoqué à celui visé dans le contrat²¹.

Charge de la preuve importante – L'invocation d'une MAC doit être justifié et contextualisé. La charge de la preuve et la responsabilité corrélative qui pèseront sur le prêteur souhaitant exercer la MAC sera très importante. Ce dernier devra notamment démontrer que la crise a eu un impact négatif sur la situation financière ou les opérations de l'emprunteur et que cet impact persistera pendant une durée significative, mais aussi qu'il est raisonnable, au moment de l'exercice, de considérer que cet impact est avéré. A défaut d'en apporter la preuve, le prêteur pourrait voir sa responsabilité engagée.

Cet exercice est d'autant plus difficile et périlleux que l'appréciation qui en serait faite par le juge interviendra a posteriori, lorsque l'histoire aura donné tort ou raison.

¹⁷C. civ., art. 1218 : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. »

¹⁸Francis Lefebvre, Devoir de bonne foi, Mémento Droit Commercial, éd. 2019, n°10643.

¹⁹Dans ce sens, Marty R., préc., n°12.

²⁰Dans ce sens, Marty R., préc., n°8.

²¹Cass. Com., 13 mars 2007, n°06-13.325, bull.