



L'expansion rapide du coronavirus à travers le monde affecte d'ores et déjà défavorablement un grand nombre d'industries et les places financières les plus importantes de la planète. Un certain nombre d'entreprises ont fait part de leurs premières difficultés économiques et commerciales. Bien que les institutions financières européennes et nationales aient commencé à mettre en œuvre des mesures d'urgence, notamment dans le but de faciliter le soutien des établissements financiers aux entreprises, les effets négatifs de la crise liée au Covid-19 résulteront assurément en une difficulté accrue des emprunteurs à satisfaire leurs obligations financières et une crainte des prêteurs de voir les défauts de paiement se multiplier.

En particulier, les entreprises devront rester attentives (i) à l'éventuelle mise en œuvre de toute clause d'évènement significatif défavorable ou « *material adverse change* » (« **ESD** ») figurant systématiquement dans leurs contrats de crédit sur le fondement des effets générés par le Covid-19 mais aussi (ii) à des concepts juridiques comme la force majeure et l'imprévision qui, comme un ESD, gravitent autour de la survenance d'une circonstance nouvelle affectant l'équilibre du contrat de crédit.

Tout d'abord, l'objet d'une clause d'ESD est de protéger le prêteur lors d'une opération de financement. En effet, si l'on détermine qu'une circonstance ou un événement rentre dans le périmètre de la notion d'ESD convenue entre les parties lors de la négociation du prêt, l'utilisation de cette clause autoriserait le prêteur (i) à se délier de ses engagements en lui permettant de réclamer l'exigibilité anticipée du prêt, ou (ii) à refuser toute mise à disposition de sommes ou tout tirage au titre d'un prêt car l'absence de survenance d'un ESD est toujours stipulée comme une condition à la mise à disposition de fonds ou d'un tirage.

La rédaction des clauses d'ESD varie en fonction des acteurs et des secteurs concernés ainsi que de la nature de l'opération envisagée. Certaines clauses sont rédigées très largement (« *tout changement défavorable au sein de la société* »), d'autres visent un changement sur la situation financière du prêteur uniquement et d'autres ajoutent l'activité, le chiffre d'affaire ou le patrimoine au prisme de lecture de l'ESD. Certaines rédactions sont en revanche plus restrictives et précisent qu'un événement « extérieur » ne peut pas constituer un événement défavorable. Les clauses les plus limitatives comprennent en général une liste exhaustive des faits susceptibles de générer un ESD et se cantonnent à un effet certain et immédiat de la circonstance génératrice d'un ESD. Aussi, c'est principalement de la manière dont sera rédigée et négociée la clause que dépendra le degré d'efficacité de sa mise en œuvre devant les juges.

Il n'est pas certain que l'emploi d'une formulation large garantisse au créancier la pleine efficacité de la clause, puisqu'elle confère un large pouvoir d'appréciation au juge, or aucune tendance jurisprudentielle en matière de clauses d'ESD n'est clairement établie à ce jour (ce qui aurait pu donner des indications sur la manière d'analyser l'exercice d'une telle clause). En particulier, dans le contexte de la crise liée au Covid-19, le degré de permanence de l'évènement pourrait être déterminant pour la qualification d'un événement « significatif » défavorable. Les juges pourront être amenés à considérer qu'une détérioration temporaire de la situation financière d'une entreprise liée aux effets du virus sur les marchés n'est pas suffisante pour constituer un événement « significatif ». De même, la survenance d'un événement affectant globalement le secteur financier et une grande majorité d'industries sur le plan mondial pourrait remettre en cause la qualification d'un ESD, les clauses en question ayant souvent une applicabilité spécifique au secteur de l'emprunteur concerné.

En revanche, afin d'être activée, une clause d'ESD nécessitera de la part du prêteur de démontrer à la fois la survenance de l'évènement mais aussi que ce changement significatif conduira irrémédiablement à la défaillance de l'emprunteur dans ses obligations au titre du contrat.

Il serait également toujours possible de contester l'efficacité de la clause d'ESD stipulée dans un contrat de crédit sur le terrain du droit commun. A cet égard, il est nécessaire de rappeler que la mise en œuvre d'une clause entraînant la déchéance du terme dans un contrat de crédit peut entraîner une rupture abusive de crédit lorsque le fait générateur invoqué par le prêteur ne correspond pas exactement à un événement contractuellement visé ou lorsque la clause d'ESD crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, ce qui peut être le cas si cette clause est unilatérale, sans contrepartie et particulièrement large.

En outre, on peut également s'intéresser à l'application du concept de force majeure prévue à l'article 1218 du Code civil dans le cadre d'un contrat de crédit en raison de la survenance de la crise liée à Covid-19. Le ministre de l'Économie et des Finances a déjà indiqué publiquement que le Covid-19 devrait être considéré comme un cas de force majeure pour les entreprises et les marchés publics de l'État. La force majeure a pour objet de libérer le débiteur d'une obligation dont l'exécution est devenue impossible, et non le créancier d'une obligation dont il ne peut pas bénéficier. Par conséquent, du point de vue du prêteur, l'usage de la force majeure sera limité à sa seule obligation qui demeure la mise à disposition des fonds. Mais même dans ce cas, il est peu probable que l'évènement invoqué, en particulier le Covid-19, rende l'obligation de mise à disposition des fonds impossible pour le prêteur, bien qu'elle soit plus onéreuse ou plus risquée. En revanche, du côté de l'emprunteur, il pourrait tenter de se prévaloir de la force majeure pour justifier une éventuelle impossibilité de satisfaire les échéances du prêt. Il conviendra de prouver le caractère imprévisible et extérieur de l'évènement ainsi que de démontrer que ses effets ne pouvaient être évités par des mesures appropriées. Pour être complet, en pratique, les contrats de crédit n'aménagent jamais la notion de force majeure, essentiellement car elle serait largement au bénéfice de l'emprunteur ce que les prêteurs auraient du mal à accepter.

Dans le prolongement de la force majeure, il est fort probable que l'équilibre du contrat de prêt sera affecté par la crise liée au Covid-19. La théorie de l'imprévision consacrée par l'article 1195 du Code civil permet, sous certaines conditions, de réviser ou de mettre en œuvre la résiliation judiciaire d'un contrat en cas de « changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat » rendant son exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque. Ces dispositions étant supplétives de volonté, la pratique en matière de contrats de crédit aux entreprises est d'insérer systématiquement une clause de renonciation par les parties à se prévaloir des dispositions de l'article 1195 du Code civil pour que chaque partie assume le risque d'imprévision. A cet égard, il convient de rappeler que le modèle de contrat de crédit développé par la *Loan Market Association* et très

largement utilisé par les banques prévoit l'insertion d'une telle renonciation. L'invocation de la théorie de l'imprévision due à la situation de crise générée par le Covid-19 par les parties au contrat de crédit, notamment par l'emprunteur, devrait donc être particulièrement limitée en pratique.

Enfin, les établissements de crédit prêteurs pourraient être en mesure de demander l'exigibilité anticipée d'un crédit sur la base d'autres stipulations des contrats qu'ils ont négociés avec l'emprunteur considéré, comme par exemple la suspension d'activité de l'emprunteur ou d'une de ses filiales dont la circonstance est un cas d'exigibilité anticipée très fréquemment prévu dans la documentation de crédit et sera peut-être une réalité dans certains secteurs.

Cependant, il semble probable que les établissements de crédit ne souhaiteront pas voir associer leur nom et mettre en danger leur réputation en mettant en œuvre la clause d'ESD ou d'autres cas d'exigibilité anticipée sur le fondement du Covid-19, notamment eu égard aux engagements de soutien financier formulés dernièrement par la Banque Centrale Européenne et la Fédération Bancaire Française. Par conséquent, l'inquiétude des emprunteurs devrait se cantonner à de potentiels défauts de paiements d'échéances du contrat de crédit que pourraient générer cette crise et les possibilités d'étalements à négocier bilatéralement ou imposés par l'Etat si ce dernier se décide à prendre des mesures protectrices des entreprises à cet égard.

