

LA SEMAINE JURIDIQUE

ENTREPRISE ET AFFAIRES

22 AVRIL 2021, HEBDOMADAIRE, N° 16-17 ISSN 1290-5119

1211

Contrôle des investissements étrangers et des concentrations : de nouveaux impératifs pour les opérations de M&A

Étude par François Dietrich

305 Contrats et obligations - 3 questions :
L'imprévision contractuelle : application
France vs Italie, D. Antona, E. Billemez et
C. Gibert

306 Banque - Les prêts participatifs « Relance »,
aperçu rapide J. Lasserre Capdeville

1212 Vente - Limitation de la garantie du
fabricant, ventes successives et chaîne de
reçours en garantie, Cass. 1^{re} civ., 6 janv.
2021, note D. Mainguy

1226 Abus de marché - Abus de marché
et droit de garder le silence, CJUE, gr. ch.,
2 févr. 2021, note N. Ida

1231 Bail commercial - Bail commercial et
Covid-19 : deux leçons sur la mise en œuvre
devant le juge des référés de la clause
résolutoire pour non-paiement de loyers, TJ
Paris, ord. réf., 21 janv. 2021, note J. Monéger

1232 Travail - Droit du travail, chronique sous
dir. B. Teyssié

CONTRATS ET OBLIGATIONS

305

3 QUESTIONS

L'imprévision contractuelle : application France vs Italie



De g. à dr. : **Camille Gibert**, senior manager, cabinet CastaldiPartners, **Daniela Antona**, senior manager, cabinet CastaldiPartners et **Edouard Billemaz**, manager, cabinet CastaldiPartners

1 La théorie de l'imprévision a-t-elle trouvé terrain fertile auprès des juges français depuis la Covid ?

Pas vraiment. La théorie de l'imprévision, introduite en 2016 dans le Code civil, donne au juge le pouvoir, en présence de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat, et à défaut d'accord entre les parties, de réviser le contrat. Or, c'est précisément ce qui lui avait été interdit pendant 140 ans par l'arrêt Canal de Craponne de 1876, qui célébrait la primauté générale et absolue du contrat, en défendant aux tribunaux « *quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions* ».

Ce changement à 180° est difficile à opérer du jour au lendemain, et nous ne sommes pas à connaissance de décisions de justice qui seraient venues faire application de cet article, même en dépit de la pandémie. Ce n'est pas faute pour les justiciables de l'avoir invoqué, par exemple au lendemain des attaques terroristes qui avaient vidé les salles de concert et qui pourtant n'ont pas été retenues comme « *circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat* », de nature à

justifier une révision des contrats qu'avaient conclus les artistes avec les salles de théâtre.

On aurait pu imaginer que la pandémie de Covid-19 aurait, elle, constitué aux yeux des juges français une circonstance imprévisible lors de la conclusion du contrat ayant pour effet de bouleverser l'économie de certaines conventions, tels que les baux commerciaux des restaurants, ou des commerces, vidés de leur clientèle par la pandémie. Pourtant, l'argument n'est pas systématiquement accueilli par les tribunaux français qui, de manière inexplicable, semblent ne pas vouloir franchir le pas. D'autres décisions rendues par le Juge de l'urgence en matière de baux commerciaux laissent penser à l'inverse que la théorie de l'imprévision pourrait trouver un terrain fertile devant les juges du fond.

2 Comment le droit italien, dont elle s'inspire, fait-il application de la théorie de l'imprévision dans le contexte actuel ?

L'analogie entre l'article 1195 du Code civil français sur « l'imprévision » et l'article 1467 du code civil italien sur l'« *excessive onerosità survenuta* » s'impose d'autant plus que, dans les deux pays, le but poursuivi par le législateur est le même : celui de la préservation de

Suite page 6

En mouvement

Linklaters Paris annonce la cooptation de Géric Clomes, Charlotte Colin-Dubuisson et Carole Nerguararian en qualité d'associés, ainsi que la nomination de 6 counsel.

Géric Clomes est spécialisé dans tous les domaines du droit du travail, plus particulièrement sur les aspects sociaux des opérations de fusions-acquisitions et de restructurations d'entreprises.

Charlotte Colin-Dubuisson, spécialisée en droit européen et français de la concurrence, intervient sur tous les aspects du droit de la concurrence avec une expertise spécifique en matière de restrictions verticales et de cartel.

Carole Nerguararian est spécialisée dans le traitement des entreprises en difficulté et leur restructuration financière et industrielle tant dans le cadre de procédures de prévention des difficultés que de procédures collectives.

Mehdi Boumedine intervient régulièrement sur des opérations de private equity.

Julien Bourmaud-Danto, spécialisé en droit des sociétés et en droit boursier, conseille de grands groupes industriels, des investisseurs institutionnels ainsi que des établissements bancaires et des fonds d'investissement majeurs.

Éléonore Hannezo défend les intérêts des entreprises, françaises et étrangères, et de leurs dirigeants dans le cadre de leurs contentieux stratégiques, aussi bien devant les juridictions pénales et civiles qu'auprès des régulateurs, en particulier l'AMF.

Vincent Poilleux a une grande expérience de conseil en matière de structuration et de documentation de produits dérivés, pensions livrées, prêts de titres et produits structurés sur toutes classes d'actifs.

Thomas Pontacq conseille des investisseurs financiers et stratégiques sur des opérations de haut de bilan.

Neeloferr Roy conseille les banques et fonds d'investissement dans le cadre d'opérations de financement d'acquisition (LBO et corporate), financement immobilier ou encore de crédits syndiqués, en droit français et droit anglais.

l'équilibre contractuel, le caractère synallagmatique des deux prestations réciproques, la « lutt[e] contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance ».

Or, la Cour de cassation italienne s'est clairement exprimée en faveur d'une application de l'article 1467 du code civil italien (imprévision) en matière de baux commerciaux, en en faisant même un exemple d'application typique pour les déséquilibres engendrés par la pandémie de Covid-19 : « La cause de l'excessive onérosité survenue doit revêtir le caractère de la généralité [...] il faut une situation se manifestant auprès d'un quelconque débiteur et de nature telle à modifier la valeur de marché de la prestation. En constituent des exemples [...] - en ce moment - la propagation de la pandémie. [...] Le nombre de contrats qui ont dans les faits perdu leur fonction primaire est vaste, des contrats qui ne satisfont plus l'exigence en vue de laquelle ils avaient été conclus. Le cas le plus éclatant et symptomatique [...] est celui de la location d'un local à usage commercial, fonctionnel à un type d'exploitation fermé par l'autorité ».

3 Quel avenir pour la théorie de l'imprévision en France ?

Il a été fait une application spontanée de l'article 1195 du Code civil dans des domaines extrajudiciaires, suite à la pandémie. Par exemple, des accords collectifs ont été modifiés à cette occasion, afin de suspendre les revalorisations des primes panier et tickets restaurant.

Dans le même sens, le ministère de l'Économie et des Finances a répondu ouvertement dans le sens de l'application de l'article 1195 du Code civil en matière de réaménagement des marchés de construction, afin de faire face à l'émergence Covid. Il appelait au devoir de loyauté et à la bonne foi des parties afin qu'elles renégocient les termes de leurs accords pour redistribuer équitablement les « coûts » de la crise sanitaire.

En effet, l'article 1195 n'est-il pas finalement un simple aboutissement ultime de l'obligation de bonne foi dans l'exécution des contrats ? Peut-être les juges seraient-ils moins méfiants s'il était perçu ainsi. Un pas a d'ailleurs déjà été franchi en ce sens dans plusieurs affaires par le tribunal judiciaire de Paris, précisant qu'il résulte de l'obligation d'exécuter de bonne foi les conventions également une obligation de renégociation dans

l'hypothèse où des circonstances exceptionnelles seraient venues modifier l'équilibre contractuel du contrat de bail.

Ces timides avancées sont toutefois insuffisantes ce qui ne s'explique nullement, au regard de l'intérêt que présente l'article 1195 du Code civil en présence des conséquences économiques que l'on connaît, liées à la Covid-19.

Une autre difficulté capitale réside dans le fait que l'article 1195 n'est pas d'ordre public, ce qui permet aux parties de l'exclure *a priori* par l'insertion de clauses de renonciation à l'imprévision. La pratique révèle, notamment en matière de baux commerciaux, que ces clauses d'exclusion sont monnaie courante dans les nouveaux contrats signés depuis le 1^{er} octobre 2016. La crise que nous traversons aura peut-être le mérite d'inciter les parties soumises aux aléas à réfléchir très attentivement avant de céder sur ce point lors des prochaines négociations de contrats, et en particulier en matière de baux commerciaux.

Les instruments juridiques pour combattre les déséquilibres contractuels existent désormais : encore faut-il que les juges se convainquent d'en faire application, lorsque les stipulations contractuelles le permettront.

Focus

Défaillances d'entreprises en mars 2021 : baisse de 40,9%

En mars 2021, le nombre de défaillances sur un an est en recul de 40,9 %. Cette baisse n'indique pas une réduction du nombre d'entreprises en difficulté car elle résulte : en premier lieu, de l'impact momentané qu'ont eu à la fois la période de confinement sur le fonctionnement des juridictions commerciales et les évolutions réglementaires qui ont modifié temporairement les dates de caractérisation et de déclaration de l'état de cessation

de paiements ; en second lieu, de l'ensemble des mesures de soutien qui apportent des aides de trésorerie ou permettent aux entreprises de réduire ou retarder le paiement de certaines charges, et donc le risque de faire défaut sur ces paiements (mesures d'activité partielle, prêts garantis par l'État avec remboursements différés, fonds de solidarité, moratoires, etc.).

La variation sur 12 mois à fin mars 2021, est un recul de

- 40,9 %, moins fort qu'à fin février (- 42,5 %). Cette évolution est due à un « effet de base ». À fin mars 2021, la base de calcul des variations (avril 2019 - mars 2020) inclut le mois de mars 2020, premier mois de mise en place du confinement, qui a conduit à une réduction du nombre de défaillances : avec une base plus faible en nombre de défaillances, les variations ont l'air moins importantes sans que le nombre courant de défaillances soit plus

élevé. Ce phénomène d'effet de base devrait s'accroître dans les prochains mois avec la prise en compte progressive des mois de confinement de 2020 dans la base de calcul des variations. La baisse du nombre de défaillances sur un an s'observe dans tous les secteurs et pour la plupart des catégories d'entreprise, sans que cela puisse être analysé d'un point de vue économique (Banque de France, *statinfo*, 14 avr. 2021).