

AVRIL 2020



coblenceavocats

# ALERTE / CORPORATE

L'actualité en droit des sociétés

Covid 19

-

Impacts sur

les opérations de M&A



**Alexandre Brugière**  
Associé / Partner

[brugiere@coblence-avocats.com](mailto:brugiere@coblence-avocats.com)



**Emmanuelle Benvenuti**  
Collaboratrice/ Associate

[benvenuti@coblence-avocats.com](mailto:benvenuti@coblence-avocats.com)

Le 23 mars 2020, le Parlement a adopté en première lecture la loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid 19.

Ce texte habilite le gouvernement à prendre par ordonnances les mesures notamment destinées à adapter, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, (i) les modalités de délibérations des assemblées générales, des conseils d'administration et des conseils de surveillance (l'« **Ordonnance Assemblées Générales** »), (ii) les délais d'arrêté et d'approbation des comptes (l'« **Ordonnance Arrêté des Comptes** ») et (iii) les délais judiciaires, légaux et réglementaires (l'« **Ordonnance Délais** »).

L'ensemble de ces mesures dont chacune a un objet propre **(1)**, mais également de manière plus générale la situation économique actuelle résultant de la crise sanitaire, vont avoir ou ont déjà un impact sur les opérations de haut de bilan et de réorganisation **(2)**, mais également sur les négociations et transactions en cours **(3)**. Enfin, les mesures de confinement et d'interdiction des rassemblements vont obliger les sociétés à modifier leurs modes de consultation au profit de modes de consultation à distance de leurs actionnaires ou associés et de leurs organes collégiaux **(4)**.



coblence  
avocats

## I. Textes applicables et période d'aménagement

Textes	Date d'adoption	Date de publication	Objet	Période d'Aménagement
<a href="#">Loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid 19</a>	23 mars 2020	24 mars 2020	Texte général prévoyant notamment la possibilité d'aménagements du droit des sociétés	
<a href="#">Ordonnance n° 2020-321</a> (« Ordonnance AG »)	25 mars 2020	26 mars 2020	Aménagement des modalités de tenue des assemblées générales et des réunions des organes dirigeants collégiaux	12 mars 2020 – 31 juillet 2020, sauf prorogation par décret jusqu'au 30 novembre 2020
<a href="#">Ordonnance n° 2020-318</a> (« Ordonnance Arrêté des Comptes »)	25 mars 2020	26 mars 2020	Aménagement des règles d'arrêté et d'approbation des comptes	12 mars 2020 – 31 juillet 2020, sauf prorogation par décret jusqu'au 30 novembre 2020
<a href="#">Ordonnance n°2020-306</a> (« Ordonnance Délais »)	25 mars 2020	26 mars 2020	Prorogation des délais judiciaires, légaux et réglementaires	12 mars 2020 – Fin de l'état d'urgence sanitaire + 1 mois (soit à ce stade le 24 juin 2020)
<a href="#">Ordonnance n° 2020-389</a> (« Ordonnance CSE »)	1 <sup>er</sup> avril 2020	2 avril 2020	Aménagement des modalités de tenue des instances représentatives du personnel	L'article 6 relatif aux délibérations du CSE est applicable pendant toute la durée de l'état d'urgence sanitaire
<a href="#">Décret n°2020-419</a> (« Décret CSE »)	10 avril 2020	11 avril 2020	Modalités techniques relatives aux réunions du CSE tenues via messagerie instantanée et conférence téléphonique	Applicable pendant toute la durée de l'état d'urgence sanitaire

## II. Impact sur les opérations de restructuration

L'Ordonnance Délais étend les délais en matière de prescription, forclusion, nullité et autres échéances. Ces prorogations ont un impact direct sur les délais relatifs aux opérations de restructuration telles que les transmissions universelles de patrimoine (« TUP »), les apports partiels d'actifs (« APA »), les fusions, les scissions, les réductions de capital non motivées par des pertes et les cessions de fonds de commerce.

### a) Texte applicable

#### ▪ Article 2 de l'Ordonnance Délais :

**Tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1<sup>er</sup> de l'Ordonnance Délais sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois.** Il en est de même de tout paiement prescrit par la loi ou le règlement en vue de l'acquisition ou de la conservation d'un droit.

#### ▪ Article 7 de l'Ordonnance Délais :

Sous réserve des obligations qui découlent d'un engagement international ou du droit de l'Union Européenne, **les délais à l'issue desquels une décision, un accord ou un avis de l'un des organismes ou personnes mentionnés à l'article 6 peut ou doit intervenir ou est acquis implicitement et qui n'ont pas expiré avant le 12 mars 2020 sont, à cette date, suspendus jusqu'à la fin de la période mentionnée au I de l'article 1<sup>er</sup>.**

Le point de départ des délais de même nature qui auraient dû commencer à courir pendant la période mentionnée au I de l'article 1<sup>er</sup> est reporté jusqu'à l'achèvement de celle-ci.

Les mêmes règles s'appliquent aux délais impartis aux mêmes organismes ou personnes pour vérifier le caractère complet d'un dossier ou pour solliciter des pièces complémentaires dans le cadre de l'instruction d'une demande ainsi qu'aux délais prévus pour la consultation ou la participation du public.

### b) Incidences sur la computation des délais dans les opérations de restructuration

Opération	Principe	Délais de droit commun	Incidence de l'Ordonnance Délais	Exemple
<b>Réduction de capital non motivée par des pertes</b>	<p>Cette opération n'étant pas motivée par des pertes, une procédure spéciale est prévue pour protéger les créanciers.</p> <p>Ces derniers peuvent former opposition à la décision de réduction de capital.</p> <p>Les opérations de réduction de capital ne peuvent commencer qu'après que le sort des oppositions soit réglé.</p>	<p>L'opposition peut être formée dans les <b>20 jours (ou 30 jours pour les SARL) du dépôt au greffe</b> de la décision de l'assemblée générale décidant de la réduction de capital.</p>	<p>Si ce délai <b>arrive à terme</b> pendant la Période d'Aménagement, conformément à l'article 2 de l'Ordonnance Délais, le délai de droit commun <b>est reporté et recommence à courir à compter de la fin de la Période d'Aménagement</b> (à savoir, Période d'Aménagement + 20 ou 30 jours).</p>	<p>Dépôt de la décision de réduction de capital au greffe le 28 février 2020.</p> <p>Le délai d'opposition aurait dû arriver à terme le 19 mars 2020.</p> <p>En vertu de l'Ordonnance, le délai est prorogé à ce stade au 15 juillet 2020.</p>

Opération	Principe	Délais de droit commun	Incidence de l'Ordonnance Délais	Exemple
<b>TUP/APA/fusion</b>	<p>Ces opérations ont pour finalité la transmission ou la scission d'éléments d'actifs et de passifs composant le patrimoine d'une société.</p> <p>Ces opérations comprennent une procédure spéciale visant à protéger les créanciers. Ces derniers peuvent ainsi former opposition à la transmission de ces éléments d'actifs.</p>	<p>L'opposition peut être formée dans les <b>30 jours à compter de la dernière publicité donnée au projet de fusion, de scission, d'apport ou à la décision de l'associé unique relatif à la TUP</b> (à savoir, la publicité légale ou l'insertion au BALO ou Bodacc).</p>	<p>Si ce délai <b>arrive à terme</b> pendant la Période d'Aménagement, le délai de droit commun <b>est reporté et recommence à courir à compter de la fin de la Période d'Aménagement</b> (à savoir, Période d'Aménagement + 30 jours).</p>	<p>Publication de la TUP le 28 février 2020.</p> <p>Le délai d'opposition aurait dû arriver à terme le 30 mars 2020.</p> <p>En vertu de l'Ordonnance, le délai est prorogé à ce stade au 25 juillet 2020.</p>
<b>Cession de fonds de commerce</b>	<p>Une procédure spéciale de protection des créanciers du vendeur est également prévue dans le cadre de la cession des fonds de commerce.</p> <p>Par ailleurs, un droit de préemption urbain peut être prévu au profit des communes, la vente dudit fonds devant être proposée en priorité à la commune qui peut se porter acquéreur.</p>	<p>L'opposition peut être formée dans un délai de <b>10 jours à compter de la publicité de la cession au Bodacc</b>.</p> <p>Le droit de préemption urbain doit être purgé préalablement à la cession du fonds de commerce. La commune dispose de 2 mois à compter de la déclaration pour se porter acquéreur du fonds. A défaut de préemption dans les 2 mois ou de renonciation express de la part de la commune, le droit de préemption est purgé et la cession peut être réalisée.</p>	<p>Si ce délai d'opposition <b>arrive à terme</b> pendant la Période d'Aménagement, le délai de droit commun <b>est reporté et recommence à courir à compter de la fin de la Période d'Aménagement</b> (à savoir, Période d'Aménagement + 10 jours).</p> <p>Concernant le délai du droit de préemption, <b>si ce délai n'a pas expiré avant le 12 mars 2020, il est suspendu jusqu'au terme de la Période d'Aménagement</b>. Par exemple, si au 12 mars il restait 1 mois à la commune pour préempter, le mois restant commencera à courir au terme de la Période d'Aménagement (sauf si la commune y renonce expressément).</p>	<p>Publication de la cession au Bodacc le 28 février 2020.</p> <p>Le délai d'opposition aurait dû arriver à terme le 9 mars 2020.</p> <p>En vertu de l'Ordonnance, le délai est prorogé à ce stade au 4 juillet 2020.</p>

### III. Impact sur les négociations et transactions

La situation économique et sanitaire actuelle a également un impact sur les opérations en cours (d'un côté avec des vendeurs soucieux de finaliser les opérations, et de l'autre des acquéreurs se questionnant sur l'opportunité de poursuivre une opération voir d'en renégocier les termes afin de se protéger au mieux).

Ainsi, à chaque phase de de la réalisation d'une transaction, certains sujets peuvent donner lieu à renégociation ou à l'insertion de stipulations contractuelles spécifiques ou aménagées.

#### **a) La phase précontractuelle**

- Négociations en cours

En l'absence d'offre ou de documents liant les parties (signature d'un accord de confidentialité, communication d'une offre indicative non engageante dont la signature permet uniquement d'encadrer les négociations entre les parties), **ces dernières sont libres de pouvoir mettre un terme à leurs négociations**, dès lors bien entendu qu'il n'est pas mis fin **de manière brutale** aux pourparlers avec l'autre partie (l'aspect brutal étant apprécié au regard de l'avancement des négociations, de la croyance légitime de l'autre partie dans l'aboutissement de l'opération et des frais avancés par les parties)<sup>1</sup>.

→ **En pratique**

Le Covid-19 et la situation économique actuelle peuvent constituer un motif légitime pour se retirer de négociations en cours.

Il convient cependant d'être attentif aux termes des éventuels accords signés entre les parties et qui encadrent les modalités de sortie des pourparlers entre les parties (par exemple, avec la présence de clauses de *break up fees* prévoyant des indemnités en cas de rupture de négociations).

- Emission d'une offre

Lorsqu'une offre est émise, l'offrant a **l'obligation de maintenir ladite offre durant un certain délai**<sup>2</sup> (délai raisonnable ou pendant le délai stipulé dans ladite offre) sans pouvoir se rétracter dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de son destinataire.

L'offre doit ainsi être maintenue pendant un délai permettant au bénéficiaire de l'étudier et d'y répondre. Si l'offrant se rétracte avant le terme du délai susvisé, il engage sa responsabilité vis-à-vis du destinataire de l'offre qui pourra réclamer réparation de son préjudice.

→ **En pratique**

Si l'offre n'a pas encore été acceptée aux termes d'un délai raisonnable ou dans le délai contractuellement prévu, l'offrant pourra se rétracter, notamment aux motifs de l'épidémie de Covid-19.

- Calendrier des opérations

Dans le cadre de la négociation et de la rédaction d'une lettre d'intention, d'un *term sheet* ou de tout autre document pré-contractuel, il conviendra de prendre en considération le contexte actuel notamment aux fins d'établir le calendrier des opérations.

En effet, au regard des termes de l'Ordonnance Délais (cf. paragraphe **II, a** supra) et des mesures de confinement décrétées par le Gouvernement, il sera difficile d'obtenir dans les délais qui sont les délais usuels en la matière (i) un avis du Comité Social et Economique (« **CSE** »), (ii) la remise d'une lettre informant les salariés de la cession d'un bloc majoritaire et la renonciation de leur part à soumettre une offre d'achat en application de la Loi Hamon ou encore (iii) l'obtention d'agrément de la part de l'administration (autorité de la concurrence, autorité des marchés financiers...)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Article 1112 du Code civil

<sup>2</sup> Article 1116 du Code civil

<sup>3</sup> Cf. Article 7 de l'Ordonnance Délais concernant la prorogation des délais à l'issue desquels une décision, un accord ou un avis de l'un des organismes

Pour mémoire, lors de la vente d'une participation majoritaire d'une société et dans les entreprises ayant mis en place un CSE, lorsque la société dispose de plus de 50 salariés, ce dernier doit être informé et consulté afin qu'il puisse rendre un avis sur le projet de vente (il s'agit des attributions de l'ancien Comité d'Entreprise)<sup>4</sup>. A compter de sa convocation et surtout de la transmission de tous les éléments nécessaires à son information et sa consultation, le CSE dispose de 1 mois pour se prononcer. Ce délai peut être porté à 2 mois si le CSE demande l'intervention d'un expert. A l'issue de ce délai, si le CSE ne s'est pas prononcé, il est réputé avoir rendu un avis négatif.

Par ailleurs, la loi Hamon du 31 juillet 2014, modifiée par la loi ESS du 6 août 2015, prévoit une obligation d'information des salariés par l'employeur en cas de cession d'une participation majoritaire dans une entreprise<sup>5</sup>.

Dans les sociétés n'ayant pas l'obligation de mettre en place un CSE, les salariés doivent être informés du projet au plus tard 2 mois avant la vente afin de leur permettre le cas échéant de présenter une offre d'achat. Ce délai peut être réduit lorsque tous les salariés ont renoncé par écrit à soumettre une offre d'achat.

Dans les sociétés n'ayant pas l'obligation de mettre en place un CSE, les salariés doivent être informés du projet au plus tard 2 mois avant la vente afin de leur permettre le cas échéant de présenter une offre d'achat. Ce délai peut être réduit lorsque tous les salariés ont renoncé par écrit à soumettre une offre d'achat.

Pour les sociétés ayant l'obligation de mettre en place un CSE, cette obligation d'information des salariés pèse sur l'employeur dès lors que la société compte moins de 250 salariés, réalise un chiffre d'affaires n'excédant pas 50 millions d'euros et dont le total bilan n'excède pas 43 millions d'euros. Par ailleurs, lorsque le CSE doit être consulté (société disposant de plus de 50 salariés), les salariés sont informés au plus tard au moment où le CSE est saisi pour avis sur le projet de vente. Cette information fait débiter le délai de 2 mois susvisé. Cependant, la date limite pour les salariés pour présenter une offre est réduite au jour où le CSE rend son avis sur le projet de vente.

#### → **En pratique**

Les mesures de confinement actuelles rendent difficiles une telle consultation du CSE et par conséquent l'avancement des opérations.

Pour mémoire, l'Ordonnance Délais prévoit une prorogation de tous les délais d'origine légale ou réglementaire. A ce titre, les délais prévus par la Loi Hamon et la consultation du CSE étant d'origine légale, ils pourraient être compris dans le champ d'application des dispositions de l'Ordonnance Délais et par conséquent prorogés. Un tel aménagement viendrait ainsi allonger considérablement les délais.

Cependant, [l'Ordonnance CSE](#) prévoit que les dispositions relatives à la visioconférence, la conférence téléphonique et la messagerie instantanée sont applicables aux réunions du CSE convoquées pendant la seule période de l'état d'urgence sanitaire. Le Décret CSE est venu préciser les caractéristiques techniques requises pour la tenue des réunions du CSE par messagerie instantanée et par conférence téléphonique<sup>6</sup>.

En revanche, rien n'est prévu à ce stade pour aménager l'intervention de l'expert à la demande du CSE.

Il convient donc de noter que ce type de dispositions prises par le Gouvernement et visant à faciliter la tenue des réunions du CSE, laisse supposer que les consultations du CSE doivent être maintenues dans les échéances usuelles. Il est ainsi recommandé de continuer à consulter le CSE dans les délais légaux, de mettre en place les moyens techniques nécessaires pour assurer la tenue des réunions et de se conformer aux exigences de la loi Hamon.

- Signature de la documentation contractuelle engageante

En cas de formalisation d'une **promesse unilatérale**, la partie bénéficiant de l'option est libre de ne pas exercer ladite promesse, notamment en considération de la situation sanitaire et économique actuelle.

En cas de non-exercice de l'option dans le délai imparti, **la promesse devient caduque sans que cela ne donne lieu à compensations financières pour les parties** (sauf clause contraire de la promesse, par exemple en cas d'indemnité d'immobilisation).

<sup>4</sup> Article L.2312-8 et suivants du Code du Travail

<sup>5</sup> Article L. 23-10-1 et suivants du Code de commerce

<sup>6</sup> Dispositif technique permettant l'identification des participants, leur participation effective et la retransmission simultanée et continue des délibérations

## → En pratique

Certaines clauses contractuelles insérées habituellement dans les contrats de cession ou les promesses devront faire l'objet d'une rédaction minutieuse afin de prendre en compte la crise sanitaire et ses impacts économiques tels que (i) les déclarations et garanties des vendeurs au regard de la santé financière de la société, (ii) les clauses relatives à la gestion intermédiaire de la société dans le « *cours normal des affaires* », (iii) les modalités de signature de l'acte et la transmission des notifications (en privilégiant la signature et la communication électronique), ainsi que (iv) la clause de prix.

Il est fort probable que les mécanismes de prix figé dès le *signing* et établi sur la base de comptes de références (« *locked box* ») soient délaissés au profit de clauses prévoyant des ajustements sur la base de comptes de *closing*, mais également que les prix versés au *closing* soient minorés au profit de mécanismes de complément de prix prenant en compte les performances futures de la cible qui sont à ce jour beaucoup plus difficiles à anticiper.

A défaut d'insertion d'un mécanisme d'ajustement de prix ou d'une clause d'*earn-out*, l'acquéreur devra effectuer un travail minutieux et important d'identification et d'évaluation des risques de perte de valeur durant cette période intermédiaire.

## b) La période contractuelle

Durant cette période, les parties sont liées par la documentation contractuelle qu'elles ont signée.

Considérant la survenance d'un évènement tel que l'épidémie de Covid-19, les parties peuvent être amenées à étudier les mécanismes insérés dans la documentation contractuelle permettant de renégocier certains termes voir de sortir de l'opération.

- Les conditions suspensives

Les opérations transactionnelles sont souvent assorties de conditions suspensives dont la non-réalisation dans un délai précis a pour conséquence d'entraîner la caducité de l'opération. Il s'agit le plus souvent de l'obtention d'un financement bancaire, de l'obtention d'autorisations ou de *waivers* (d'établissements bancaires, de cocontractants, de crédit-bailleurs...).

## → En pratique

La situation actuelle rend difficile la levée de ces conditions suspensives dans le délai imparti aux termes de la documentation contractuelle.

Il convient cependant de rappeler qu'aux termes de l'Ordonnance Délais, **les délais contractuels ne sont pas concernés par les mesures de prorogation.**

Par conséquent, le délai d'option d'une promesse unilatérale ou bien les différentes conditions suspensives stipulées aux termes du contrat de cession et n'ayant pas d'origine légale ou réglementaire, devront être réalisées dans le délai contractuel imparti sans possibilité de prorogation autre qu'un accord mutuel des parties (conclusion d'un avenant).

- La force majeure

Il est possible d'invoquer la force majeure afin de justifier de l'impossibilité pour le débiteur de remplir ses obligations aux termes d'un contrat, dès lors que l'évènement est extérieur, imprévisible et irrésistible<sup>7</sup>.

L'application de ces dispositions permet (i) de suspendre l'exécution du contrat lorsque l'empêchement est temporaire ou (ii) de demander la résolution du contrat lorsque l'empêchement est définitif.

<sup>7</sup> Article 1218 du Code civil

## → En pratique

Si l'aspect extérieur de l'épidémie de Covid-19 à la partie invoquant la force majeure ne laisse pas de doute, il conviendra cependant de se pencher sur les critères d'**imprévisibilité** (l'évènement était-il prévisible au jour de la conclusion du contrat ?) et d'**irrésistibilité** (impossibilité totale pour le débiteur d'exécuter son obligation) pour pouvoir valablement invoquer la force majeure.

A cet égard :

- le 30 janvier 2020, l'organisation mondiale de la santé (OMS) avait qualifié l'épidémie du COVID-19 « *d'urgence de santé publique de portée internationale* » ; et
- le 28 février 2020, à l'issue d'une réunion avec les partenaires sociaux au ministère du Travail, Bruno Le Maire, ministre de l'Économie, a déclaré que le coronavirus était désormais considéré comme « *un cas de force majeure* ». Toutefois cette déclaration de principe n'engage ni les opérateurs privés, ni les juridictions amenées à trancher en cas de contentieux. Elle ne vaut formellement qu'en matière de marchés publics d'Etat.

De telles déclarations constituent en tout état de cause des référentiels objectifs constituant des éléments de preuve solides à la main des débiteurs, notamment au regard du caractère d'irrésistibilité, permettant de retenir, sans toutefois que cela soit automatique, la qualification de force majeure selon les modalités d'exécution du contrat.

En l'espèce et au regard du caractère d'irrésistibilité, il conviendra ainsi de démontrer pour le vendeur qu'il est dans l'impossibilité totale de céder les titres, d'en transférer la propriété.

Toutefois et comme indiqué *supra*, la caractérisation de la force majeure pour les contrats notamment conclus à compter du 28 janvier (date à laquelle les premiers cas ont été signalés en Italie), voire même avant cette date, sera rendue difficile faute de pouvoir caractériser l'imprévisibilité de l'évènement, sans toutefois qu'elle soit définitivement exclue en raison (i) du caractère extrêmement contagieux du virus qui a été reporté comme étant de plus en plus inquiétant à mesure que le nombre de cas signalés augmentait, et en conséquence (ii) du caractère évolutif de l'épidémie et des mesures prises pour l'endiguer (*sic* : stade 1, stade 2, stade 3).

Il convient de noter que cette théorie ne s'applique pas aux obligations contractuelles de paiement d'une somme d'argent. Par conséquent, l'acquéreur ne pourra pas s'exonérer de son obligation de payer le prix de cession en invoquant la force majeure.

### • MAC clause

La documentation contractuelle peut également comprendre une clause dite de « *material adverse change* » (« **MAC clause** »). Cette clause permet de protéger une partie en cas de survenance d'évènements susceptibles d'avoir des conséquences significativement défavorables sur l'économie générale du contrat.

Cette clause peut prendre plusieurs formes, notamment :

- Lorsque l'opération comprend un Signing puis un Closing, elle peut être insérée sous forme de condition suspensive et conditionner l'opération à la non-réalisation d'un évènement significativement défavorable durant la période intercalaire (entre la signature du contrat de cession et la réalisation de l'opération) ;
- Lorsque le Signing et le Closing sont concomitants, cette clause peut prendre la forme d'une déclaration du vendeur donnant droit à indemnisation, ce dernier garantissant à l'acquéreur qu'aucun évènement significativement défavorable n'est intervenu depuis la date d'arrêté des comptes de référence.

La MAC clause peut également avoir une étendue différente. En effet, il convient de déterminer si la clause vise un effet défavorable (dans ce cas il convient d'analyser les conséquences et non pas les causes, aussi appelée « **Material Adverse Effect** ») ou un évènement défavorable. La MAC Clause peut être circonscrite à un évènement affectant la société uniquement et/ou viser également les évènements affectant l'économie ou le secteur d'activité de l'entreprise cible.

La tendance actuelle privilégie cependant une rédaction visant uniquement la société cible à l'exclusion de l'économie et du secteur d'activité, réduisant ainsi les risques à la charge du vendeur.

### → **En pratique**

Il convient ainsi d'analyser au cas par cas la rédaction de ces clauses afin de déterminer si l'épidémie de Covid-19 pourra être qualifiée d'évènement susceptible d'avoir des conséquences défavorables sur l'opération en cours et l'économie du contrat.

Les parties souhaitant se prévaloir de ces clauses devront ainsi (i) être attentives à la définition de l'effet ou de l'évènement significativement défavorable, (ii) circonscrire le champ d'application de la clause, (iii) étudier les conséquences de l'épidémie sur la société et son fonctionnement (dès lors que la clause est circonscrite uniquement à la société cible) et (iii) déterminer les conséquences de la mise en œuvre de cette clause (renégociation du contrat, indemnisation...).

#### • La théorie de l'imprévision

L'imprévision se caractérise par un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque et permettant à cette dernière de solliciter une renégociation du contrat<sup>8</sup>.

Dans ce cas, l'imprévision ne vient pas suspendre l'exécution du contrat, à la différence de la force majeure, mais permet **de renégocier les termes du contrat**.

Les contrats peuvent également prévoir des clauses dites de *hardship* dont l'objet est de permettre aux parties de renégocier les termes du contrat en cas de survenance d'un évènement imprévisible postérieur au contrat et rendant son exécution trop onéreuse pour l'une des parties.

Dans ce cas, si ces évènements affectent par exemple la continuité de l'activité ou la pérennité financière de la cible, l'acquéreur pourra invoquer cette clause dans le cadre d'une cession de titres pour renégocier les termes du contrat ou sortir de celui-ci.

### → **En pratique**

Il convient de noter que, depuis la loi du 20 avril 2018, **l'article 1195 du Code civil n'est plus applicable aux opérations sur titres financiers**<sup>9</sup>.

Cette définition englobe ainsi les cessions d'actions qui ne peuvent par conséquent plus bénéficier des dispositions relatives à l'imprévision, sauf à ce qu'une clause de *hardship* ait été stipulée. Les cessions de parts sociales sont quant à elles soumises aux dispositions de l'article 1195 du Code Civil.

Ainsi si la cession porte sur des parts sociales et si le contrat prévoit des effets différés dans le temps, la théorie de l'imprévision pourra être invoquée dans les relations entre le vendeur et l'acquéreur.

## **IV. Tenue des Assemblées Générales**

La tenue des Assemblées Générales au moment du Closing ou du Signing (pour changer les dirigeants, agréer un nouvel associé ou autoriser un nantissement par exemple) permettant la réalisation d'une opération devra également être adaptée aux mesures de confinement décrétées par le Gouvernement.

Ainsi l'Ordonnance AG prévoit que pendant la Période d'Aménagement, le Conseil d'administration, le Directoire et le Conseil de surveillance peuvent désormais délibérer, sans qu'aucune clause statutaire ou réglementaire ne soit requise, comme suit :

- Par visioconférence dès lors que les caractéristiques techniques sont respectées ;
- Par consultation écrite dès lors que la collégialité des délibérations est assurée.

<sup>8</sup> Article 1195 du Code civil

<sup>9</sup> Article L. 211-40-1 du Code monétaire et financier

Enfin, concernant les Assemblées Générales, afin de faciliter la participation et le vote des actionnaires ou associés, l'Ordonnance AG a également prévu d'assouplir, pendant la Période d'Aménagement, exceptionnellement le recours aux modes de délibération alternatifs (visioconférence et moyens de télécommunication et consultation écrite) :

- soit, dans les personnes morales et entités pour lesquelles ces modes de délibération alternatifs sont déjà prévus par la loi, en supprimant la condition qu'une clause des statuts l'autorise,
- soit, pour les personnes morales et entités pour lesquelles le recours à la visioconférence et aux moyens de télécommunication ne sont pas encore prévus par la loi, en l'étendant à ces personnes morales et entités, sous réserve que ces moyens présentent des caractéristiques fixées par la loi pour garantir l'intégrité et la qualité des débats.

Ainsi, pour les SA, les SARL et les SAS, les dirigeants pourront décider (i) de convoquer les personnes devant assister à l'assemblée par tous moyens en s'assurant que le contenu et le délai de la convocation respectent les dispositions légales et réglementaires en vigueur et (ii) de mettre en place des moyens de visioconférence ou de télécommunication pour permettre une participation et un vote à distance des actionnaires ou des associés (cette faculté devant être précisée dans la convocation).

Si la décision de mettre en place la visioconférence est postérieure à la convocation des actionnaires ou associés, les dirigeants devront en informer par tous moyens les associés ou actionnaires au moins 3 jours avant la date de l'assemblée, sans qu'il soit besoin d'effectuer de nouveau les formalités de convocation.

Enfin, les dirigeants de SARL et de SAS auront la possibilité de mettre en place la consultation écrite des associés.

## **CONTACTS**

-----

Alexandre Brugière – [brugiere@coblence-avocats.com](mailto:brugiere@coblence-avocats.com)

Ludovic Dorès – [dores@coblence-avocats.com](mailto:dores@coblence-avocats.com)

Pierre-Antoine Dubecq – [dubecq@coblence-avocats.com](mailto:dubecq@coblence-avocats.com)

Marion Fabre – [fabre@coblence-avocats.com](mailto:fabre@coblence-avocats.com)