



NATAL YITCKO
CABINET D'AVOCATS

ASSEMBLÉES GÉNÉRALES EN PÉRIODE DE PANDÉMIE

Assemblées et organes sociaux en période de pandémie

Le Covid-19 empêche la tenue des assemblées générales, y compris d'approbation des comptes, selon les modalités habituelles.

Le Gouvernement a mis en place des dispositifs dérogatoires pour permettre la consultation des associés sans avoir à les réunir physiquement.

A qui s'appliquent ils ? Et comment tenir une assemblée à huis clos.

Tenue d'une assemblée "à huis clos"

Les assemblées générales à huis clos sont au cœur du dispositif dérogatoire mis en place par le Gouvernement pour permettre aux associés de prendre des décisions collectives malgré les restrictions liées à la crise sanitaire.

Quelles règles les sociétés non cotées doivent elles respecter pour tenir une assemblée à huis clos régulière ?

Les articles 2 à 7 de l'ordonnance 2020-321 réunis au sein d'un Titre II traitent de la question des « assemblées », sachant que sont visés simultanément des dizaines voire des centaines de statuts législatifs ou réglementaires spéciaux, ainsi que d'innombrables organisations statutaires ou contractuelles particulières.

Ajoutons que la tenue d'une assemblée n'est pas le seul mode de prise de décision par les membres d'un groupement.

La consultation écrite ou la signature d'un acte par tous les membres du groupement sont des modes alternatifs de décision, mais il est vrai que certaines sociétés (notamment les SA) ne connaissaient pas antérieurement à l'adoption du dispositif spécial, d'autre mode de prise de décision que la tenue d'une assemblée.

Sont concernées tant les assemblées générales, rassemblant tous les membres d'un groupement, que les assemblées spéciales n'en réunissant qu'une partie.

La prise de décision par les associés d'une SAS, y compris lorsqu'elle n'est pas qualifiée d'assemblée par les statuts, est concernée par le dispositif.

Conditions de la tenue d'une assemblée "à huis clos"

La société qui veut recourir à une assemblée « à huis clos » en application de l'article 4 de l'ordonnance 2020-321 doit établir que certaines conditions liées à la crise sanitaire sont établies.

Dispositif initial sur la tenue des assemblées « à huis clos »

L'article 4 de l'ordonnance 2020-321, dans sa version initiale, subordonnait la possibilité de tenir l'assemblée à huis clos au fait que cette assemblée soit « convoquée en un lieu affecté à la date de la convocation ou à celle de la réunion par une mesure administrative limitant ou interdisant les rassemblements collectifs pour des motifs sanitaires ».

Il est important d'observer que la date d'appréciation pouvait alternativement être celle de la réalisation de la convocation ou celle de la réunion de l'assemblée. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance 2020-321 a précisé utilement que la convocation devait être « entendue au sens large, ce qui inclut, dans les sociétés cotées, l'avis de réunion ».

Tel que l'article 4 de l'ordonnance 2020-321 était formulé, il n'était pas nécessaire d'établir que la tenue de l'assemblée en la présence physique de ses membres était impossible.

Hors périodes de confinement, plusieurs décrets assouplissant progressivement les restrictions sanitaires concernant les rassemblements de plus de dix personnes se sont succédé :

- décret 2020-548 du 11 mai 2020 interdisant ces rassemblements « sur la voie publique ou dans un lieu public »

- décret 2020-663 du 31 mai 2020 (modifié par le décret 2020-724 du 14 juin 2020) interdisant ces rassemblements « sur la voie publique ou dans un lieu ouvert au public »

- décret 2020-860 du 10 juillet 2020 ne les interdisant plus mais les soumettant à une déclaration préalable.

La question se posait donc de savoir s'il était encore possible de faire application de l'article 4 de l'ordonnance 2020-321 en considérant que le texte réglementaire « affectait le lieu » où l'assemblée était convoquée.

Une question récurrente s'est posée à cet égard : qu'entendre par les mots « lieu affecté par une mesure administrative limitant ou interdisant les rassemblements » employés par l'article 4 de l'ordonnance 2020-321 ?

Les sociétés ne tiennent pas leurs assemblées, « sur la voie publique ».

Mais le siège social ou la salle de conférences où l'assemblée est convoquée est elle un « lieu public » ou un « lieu ouvert au public » ?

L'articulation entre l'ordonnance 2020-321 et les décrets encadrant les rassemblements est incertaine.

Disons qu'il est en réalité peu probable qu'une société ait été véritablement empêchée de tenir son assemblée du fait de l'interdiction des rassemblements de plus de dix personnes. L'interdiction des rassemblements de plus de dix personnes ne s'appliquant pas aux lieux privés, il était d'ailleurs possible de tenir une assemblée rassemblant cent associés dans un lieu privé en respectant les gestes barrières.

Mais ainsi qu'on l'a dit, l'article 4 de l'ordonnance 2020-321 n'exigeait pas que la tenue physique de l'assemblée soit impossible, mais simplement que le lieu de la tenue de l'assemblée soit « affecté » par la mesure restreignant les rassemblements.

On peut retenir deux interprétations de l'expression « lieu affecté [...] par une mesure administrative limitant ou interdisant les rassemblements » :

- sens 1 : il faudrait prendre en considération le lieu entendu comme le bâtiment, voire la seule salle où se tient l'assemblée.

Très peu d'assemblées seraient alors concernées, puisque ces lieux ne sont généralement pas des « lieux publics » ou des « lieux ouverts au public » au sens strict.

Ni le siège social ni la salle de conférences accueillant l'assemblée ne sont en effet des lieux où le public circule librement.

- sens 2 : le « lieu » désignerait la commune où doit se tenir l'assemblée, ce qui permettrait de tenir celle-ci à huis clos. La condition de la mesure administrative affectant le lieu où se tient l'assemblée serait alors remplie, par exemple, lorsque le siège social est à Paris et que les réunions de plus de dix personnes sont interdites ou soumises à déclaration préalable dans cette ville, serait-ce seulement sur la voie publique et dans les lieux ouverts au public.

L'interdiction au niveau national des rassemblements importants serait un autre élément à prendre en compte : la très grande majorité des assemblées ne sont certes pas concernées par l'interdiction, mais il y a là, formellement, une limitation des rassemblements, et celle-ci affecte tous les lieux du territoire national.

Il semble que c'est le sens 2 qui devrait être privilégié.

Durcissement des conditions de la tenue d'une assemblée "à huis clos"

L'ordonnance 2020-1497 du 2 décembre 2020 ayant modifié l'article 4 de l'ordonnance 2020-321, la tenue d'une assemblée à huis clos suppose désormais d'établir que, « à la date de la convocation de l'assemblée ou à celle de sa réunion, une mesure administrative limitant ou interdisant les déplacements ou les rassemblements collectifs pour des motifs sanitaires fait obstacle à la présence physique à l'assemblée de ses membres ».

Un tel obstacle va se rencontrer, pour beaucoup de sociétés, en raison de l'article 3, III du décret 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, qui limite les rassemblements à six personnes, avec une exception qui n'intéressera en réalité que certains groupements, et relative aux « rassemblements, réunions ou activités à caractère professionnel ».

La date d'appréciation peut alternativement être celle de la réalisation de la convocation ou celle de la réunion de l'assemblée.

La convocation doit encore être entendue comme incluant, dans les sociétés cotées, l'avis de réunion.

On passe, avec l'ordonnance 2020-1497, d'une appréciation in abstracto (il fallait que le lieu où était convoquée l'assemblée soit « affecté à la date de la convocation ou à celle de la réunion par une mesure administrative limitant ou interdisant les rassemblements collectifs pour des motifs sanitaires », mais il n'était pas exigé que soit rapportée la preuve de l'impossibilité de tenir l'assemblée en la présence physique des participants) à une appréciation in concreto (il faut désormais que les membres de l'assemblée rencontrent un obstacle pour participer physiquement à celle-ci).

Le rapport au Président de la République confirme cette évolution et se réfère expressément à la nécessité d'une « appréciation in concreto ».

Il est vrai que le système précédent finissait par surprendre, puisqu'il permettait à une société comportant très peu d'associés de leur refuser la tenue d'une assemblée en la présence physique de ses membres, motif tiré de l'existence de restrictions aux rassemblements, alors même que la réunion de quelques personnes pouvait se faire dans le respect total des gestes barrières.

Le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance 2020-1497 a vu un resserrement des conditions de tenue d'une assemblée à huis clos dans cette mesure, ce qui nous semble effectivement être le cas.

Certains auteurs ont toutefois considéré que la tenue des assemblées à huis clos se trouverait facilitée ou, précisément, que la nouvelle rédaction de l'ordonnance 2020-321 sera de manière générale « plus facile à appliquer ».

En pratique, comment doit se faire cette appréciation ?

Le rapport au Président de la République indique que « cette nouvelle condition permettra de mieux tenir compte de la situation sanitaire, des mesures restrictives prises pour y répondre et de l'impact de ces dernières sur chaque groupement, qui dépend de caractéristiques propres à chacun d'eux (en particulier, le nombre de membres habituellement présents à l'assemblée et la capacité à accueillir ces membres dans le respect des règles sanitaires) ».

S'agissant du premier élément d'appréciation:

combien de personnes pourraient participer physiquement à l'assemblée ?

Supposons une société comptant dix associés qui souhaite réunir son assemblée à un moment où s'applique une interdiction des rassemblements de plus de six personnes.

Si dix personnes peuvent se présenter aux portes de l'assemblée, il y a le risque que la réunion viole cette interdiction si plus de six associés se déplacent.

Certes, on peut envisager que les choses se fassent en bonne intelligence et que certains associés donnent un pouvoir à un autre associé afin d'éviter de dépasser le seuil de six personnes.

Il demeure que, si la société se fonde sur la participation habituelle de ses associés, elle s'expose au risque de voir trop de personnes se présenter physiquement à l'assemblée.

La solution devrait être alors le report de l'assemblée.

Cela peut être très compliqué à gérer, car les décisions à prendre peuvent être urgentes.

Il semble ainsi que l'assemblée devrait pouvoir être tenue à huis clos en fonction du nombre théorique de personnes pouvant prétendre à être physiquement présentes, en réalité.

L'autre élément que l'on pourrait prendre en compte est celui du local dans lequel la société a prévu de tenir son assemblée. Là encore, l'appréciation est délicate.

Une société ne pourrait-elle pas se voir reprocher de ne pas avoir loué un espace suffisamment grand pour accueillir l'ensemble de ses membres ? Ou faudrait-il faire intervenir un critère tenant au caractère raisonnable de la dépense ?

A propos du local, l'autorisation donnée par l'article 28 du décret 2020-1310 du 29 octobre 2020, qui en sa rédaction actuelle, permet aux établissements pouvant accueillir du public au sens de l'article R 123-12 du Code de la construction et de l'habitation de le faire, dans des conditions de nature à permettre le respect des dispositions de l'article 1er du décret (hygiène et distanciation sociale), pour « les assemblées délibérantes des collectivités et leurs groupements, et les réunions des personnes morales ayant un caractère obligatoire ».

Décision de recourir à une assemblée "à huis clos"

Compétence de principe pour décider la tenue d'une assemblée « à huis clos »

La décision de tenir l'assemblée à huis clos est prise en premier lieu par l'organe compétent pour convoquer l'assemblée.

Cela peut conduire à ce que cette décision soit prise par des acteurs assez diversifiés, notamment dans les SA, où la compétence de principe reconnue au conseil d'administration ou au directoire selon le cas (C. com. art. L 225- 103, I) se double de la reconnaissance d'un pouvoir de convocation à différents organes ou personnes : commissaires aux comptes, mandataire judiciaire, liquidateur, etc.

Délégation du pouvoir de décider la tenue d'une assemblée « à huis clos »

L'article 4 de l'ordonnance 2020-321 donnait pouvoir à l'organe compétent pour convoquer l'assemblée de décider que celle-ci se tiendrait à huis clos, ce pouvoir pouvant être délégué par ledit organe au représentant légal.

L'indication selon laquelle la délégation pouvait être faite au seul « représentant légal » a été supprimée par l'ordonnance 2020-1497, ce qui permet désormais que la délégation soit donnée à toute personne.

La décision de tenir l'assemblée à huis clos est prise par « l'organe compétent pour la convoquer ou son délégataire », ce qui peut revêtir plusieurs sens.

- Le sens 1 consiste à reconnaître le pouvoir de décider que l'assemblée se tient à huis clos à la personne qui a reçu délégation du pouvoir de convoquer l'assemblée, lorsque cette délégation est possible selon le droit commun. Si l'on suit cette interprétation, la délégation sera purement et simplement impossible dans les SA, où le pouvoir de convoquer l'assemblée est attribué par l'article L 225- 103 du Code de commerce aux organes mentionnés par ce texte sans possibilité de délégation.

- Le sens 2 consiste à reconnaître dans l'ordonnance le fondement d'une possibilité de délégation que ne permettrait pas le droit commun.

Il ne nous semble pas que cette lecture puisse raisonnablement être retenue, même si l'article 2 du décret 2020-418 semble lui donner un fondement lorsque ce texte envisage l'hypothèse où « l'organe compétent pour convoquer l'assemblée délègue cette compétence en application de l'article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020 ».

- Le sens 3, consiste à considérer que la décision de tenir l'assemblée à huis clos (ou de recourir à la consultation écrite) peut être prise par l'organe normalement compétent pour convoquer l'assemblée ou par la personne à laquelle cet organe donne une délégation pour prendre cette décision, relative à la seule modalité de tenue de l'assemblée.

Le pouvoir qui est délégué n'est donc pas celui de convoquer l'assemblée, mais simplement celui de décider que l'assemblée se tiendra à huis clos.

Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance 2020- 1497 conforte cette lecture lorsque ce rapport indique que « [l'ordonnance] permet que la délégation donnée par l'organe compétent pour convoquer l'assemblée en vue de décider si celle-ci sera tenue "à huis clos" soit donnée à toute personne et non plus seulement au représentant légal du groupement ».

Le rapport au Président de la République qui accompagnait l'ordonnance 2020-1497 avait indiqué que « la délégation, qui était encadrée par le décret 2020-418 du 10 avril 2020, le sera à nouveau par le décret qui sera pris prochainement, et que l'organe compétent pour convoquer l'assemblée demeure responsable de la décision prise par la personne qu'il délègue ».

Le décret 2020-1614, qui a modifié le décret 2020-418, n'a cependant pas apporté au dispositif de modification autre que les retouches requises pour tenir compte de l'ouverture de la possibilité de donner délégation à toute personne et non plus seulement au représentant légal.

L'article 2 du décret 2020-418 a précisé que la délégation « est établie par écrit et précise la durée pour laquelle elle est consentie ainsi que l'identité et la qualité du délégataire ».

Il n'est pas distingué selon que l'écrit est sous forme papier ou sous forme électronique, ce qui doit couvrir les deux hypothèses.

Information des membres de l'assemblée

Les uns et les autres « sont avisés par tout moyen permettant d'assurer leur information effective de la date et de l'heure de l'assemblée ainsi que des conditions dans lesquelles ils pourront exercer l'ensemble des droits attachés à leur qualité de membre ou de personne ayant le droit d'y assister ».

Par ailleurs, lorsqu'il est décidé de tenir l'assemblée à huis clos (Ord. 2020- 321 art. 4), de permettre la participation par audioconférence ou visioconférence (art. 5), de recourir à une consultation écrite (art. 6) ou de permettre le vote par correspondance (art. 6-1) et que tout ou partie des formalités de convocation de l'assemblée ont été accomplies préalablement à la date de cette décision, des règles d'information spécifiques s'appliquent.

Il en est de même lorsque la décision inverse est prise, à savoir lorsqu'il avait été indiqué aux membres de l'assemblée que celle-ci se tiendrait sans qu'ils puissent y participer physiquement, et qu'il est finalement décidé par l'organe compétent ou son délégataire que la participation physique à l'assemblée sera possible.

Lorsque l'organe ou son délégataire décide de faire application des dispositions des articles 4, 5, 6 ou 6-1 et que tout ou une partie des formalités de convocation de l'assemblée ont été accomplies préalablement à la date de cette décision, il est prévu que les membres de l'assemblée et les autres personnes ayant le droit d'y assister en sont informés par tous moyens permettant d'assurer leur information effective trois jours ouvrés au moins avant la date de l'assemblée, sans préjudice des formalités qui restent à accomplir à la date de cette décision (Ord. 2020-321 art. 7, I).

Il est par ailleurs prévu que, dans ce cas, la modification du lieu de l'assemblée ou des modes de participation ne donne pas lieu au renouvellement des formalités de convocation et ne constitue pas une irrégularité de convocation.

L'ordonnance 2020-1497 a également envisagé l'hypothèse inverse, c'est-à-dire celle où il avait été décidé que l'assemblée se tiendrait sans que les membres de cette dernière et les autres personnes ayant le droit d'y assister n'y participent physiquement, et que l'organe compétent ou son délégataire décide finalement que les membres de l'assemblée et les autres personnes ayant le droit d'y assister peuvent être présents physiquement à l'assemblée.

Sanctions du non respect des règles sur le tenue de l'assemblée

Tenue d'une assemblée « à huis clos » en dehors des cas autorisés

La première sanction qui vient à l'esprit est celle de la nullité des décisions prises.

Pour les sociétés, c'est notamment l'atteinte à l'article 1844 du Code civil, qui pose en principe essentiel le droit de l'associé de participer aux décisions collectives, qui fonde cette sanction.

Des textes spéciaux du droit des sociétés, comme l'article L 223-28 du Code de commerce à propos des SARL, rappellent l'importance du droit de participer aux décisions collectives des membres du groupement. Même en l'absence de textes explicites, empêcher les membres d'un groupement de se réunir physiquement pour prendre les décisions relatives audit groupement apparaît être une atteinte sérieuse aux prérogatives des membres.

La responsabilité civile des dirigeants et des personnes responsables des choix relatifs à l'organisation de l'assemblée est une autre sanction envisageable.

Cette responsabilité peut conduire les personnes précitées à réparer le préjudice qui aura été causé aux membres du groupement qui n'auront pu participer à une « véritable assemblée ».

Le préjudice réparable peut aussi être celui subi par le groupement lui-même, qui n'aura pas bénéficié des échanges entre ses différents membres.

Des sanctions pénales apparaissent aussi pouvoir être prononcées dans certains cas.

Dans les SA, les SCA et les SE, le fait d'empêcher un actionnaire de participer à une assemblée d'actionnaires est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9000€ (C. com. art. L 242-9, 1o). Ce texte n'est pas applicable aux SAS (C. com. art. L 244-1), mais une infraction spéciale vise le fait, pour les dirigeants de ces sociétés, de ne pas consulter les associés dans les conditions prévues par les statuts en cas d'augmentation, d'amortissement ou de réduction du capital, de fusion, de scission, de dissolution ou de transformation en une société d'une autre forme, qui est sanctionné de six mois d'emprisonnement et de 7500€ d'amende (C. com. art. L 244-2).

D'autres sanctions seront encore envisageables, telles que l'inopposabilité des décisions adoptées lorsque l'assemblée aura été tenue en fraude des droits des membres du groupement.

Tenue d'une assemblée "physique" malgré une interdiction

Il est également concevable que des sanctions interviennent dans l'hypothèse inverse, qui aura vu les membres d'un groupement se réunir physiquement alors qu'une telle modalité de réunion était en réalité interdite.

Ce sont tout d'abord les amendes et autres sanctions encourues en cas de non-respect des règles sanitaires qui pourront être prononcées, le cas échéant.

S'il est considéré que le siège social est un « lieu ouvert au public » au sens de l'article 3, III du décret 2020-1310 du 29 octobre 2020 et que l'assemblée qui s'y tient réunit plus de six personnes sans pouvoir bénéficier de l'une des exceptions prévues par le texte, les différentes sanctions prévues sont applicables.

La mise en jeu de la responsabilité civile des personnes ayant tenu une assemblée en violation des règles sanitaires permettra en outre de mettre à leur charge ou à celle du groupement concerné les conséquences dommageables de leur décision fautive.

Le préjudice lié à une contamination éventuelle pourra ainsi être imputé à la personne morale et à ses dirigeants.

Au-delà, il est également envisageable que soit remise en cause la validité des délibérations adoptées dans le cadre d'une assemblée qui n'aurait normalement pas dû se tenir en présentiel.

Convocation des participants à l'assemblée « à huis clos »

Champ d'application de la limitation des cas de nullité d'assemblée

L'ordonnance 2020-321 avait réservé cette mesure, initialement, aux seules sociétés cotées en bourse.

L'article 2 de l'ordonnance 2020-321 visait en effet les seules sociétés dont des actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou un système multilatéral de négociation d'un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou sur un marché équivalent à un marché réglementé.

Etaient en outre visées les seules « assemblées d'actionnaires ».

Concrètement, la situation visée était celle des actionnaires inscrits au nominatif et qui n'avaient pas donné leur accord pour être convoqués par voie électronique en application de l'article R 225-63 du Code de commerce.

Répondant à ces prises de position, l'ordonnance 2020-1497 a étendu le champ d'application de la mesure à toutes les personnes morales et entités visées par l'article 1er de l'ordonnance 2020-321 et pour toutes les « assemblées », sans plus de précision.

Contenu de la mesure de limitation des cas de nullité d'assemblée

Lorsqu'une entité entrant dans le champ d'application de la mesure est tenue de procéder à la convocation d'une assemblée par voie postale et ne satisfait pas à cette obligation, l'ordonnance vient restreindre la possibilité de demander la nullité de ladite assemblée : « aucune nullité de l'assemblée n'est encourue du seul fait qu'une convocation n'a pas pu être réalisée par voie postale en raison de circonstances extérieures à cette personne ou entité ».

Le risque de nullité attaché au non-respect des formalités de convocation d'une assemblée, et particulièrement des délais légaux, est réel.

Si un ou plusieurs participants à l'assemblée n'ont pu bénéficier d'un envoi postal en raison de circonstances extérieures à la personne morale ou au groupement concerné, cela n'est pas une source de contestation envisageable, du moins si l'on prétendait en déduire la nullité de l'assemblée.

Les « circonstances extérieures » auxquelles il est fait référence ne sont formellement pas nécessairement liées à la crise sanitaire du Covid-19, et la neutralisation de la nullité pourrait donc couvrir des situations telles qu'une maladie ou un empêchement affectant les dirigeants ou les salariés et qui ne seraient pas liées au Covid-19.

Recours au courrier électronique pour convoquer les associés

Lorsqu'une demande de communication ou d'information est faite par « un membre d'une assemblée » et que l'entité est tenue d'y faire droit, la communication peut être valablement effectuée par message électronique, sous réserve que le membre indique dans sa demande l'adresse électronique à laquelle elle peut être faite.

Sont ainsi concernés, notamment, les droits donnés aux associés de SARL par l'article L 223-26 du Code de commerce et aux actionnaires des SA et SCA par les articles L 225-115, R 225-81 et R 225-83 du même Code.

A la lettre, cette indication de l'adresse électronique à laquelle l'envoi doit être fait se présente comme une condition de forme à défaut de laquelle la société ne pourrait se libérer de son obligation, y compris si la demande lui est adressée par voie électronique.

C'est sans doute plus une bonne pratique que les auteurs de l'ordonnance ont voulu établir. Notons enfin qu'il n'est pas requis que la preuve de circonstances particulières soit établie.

Règles de participation et de délibération à l'assemblée "à huis clos"

Depuis son apparition en France, l'épidémie et, par voie de conséquence, les mesures de restriction des réunions et des déplacements prises pour la combattre perturbent la tenue des assemblées des groupements.

Il a donc été décidé, pour permettre la tenue de ces assemblées tout en évitant qu'elles deviennent des clusters, de permettre leur tenue « à huis clos », quitte à les ouvrir d'une autre manière.

Lorsque l'assemblée peut se tenir à huis clos, un pouvoir est donné par l'ordonnance 2020-321, ce pouvoir ayant pour destinataire l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou une personne agissant sur délégation de cet organe.

Ce pouvoir permet de décider que l'assemblée « se tient sans que les membres et les autres personnes ayant le droit d'y assister ne soient présents physiquement ou par conférence téléphonique ou audiovisuelle ».

Remise en cause du droit de participer aux décisions collectives

La règle énoncée par l'article 4 de l'ordonnance 2020-321 (« l'organe compétent pour la convoquer ou son délégataire peut décider qu'elle se tient sans que les membres et les autres personnes ayant le droit d'y assister ne soient présents physiquement ou par conférence téléphonique ou audiovisuelle ») est un peu ambiguë, mais elle signifie que l'on peut tout à la fois refuser la participation physique et la participation par téléphone ou visioconférence.

Sont concernés par la mesure tant les membres du groupement que les autres personnes qui auraient eu le droit d'assister à l'assemblée, comme les commissaires aux comptes ou les représentants des institutions représentatives du personnel (IRP).

Cela ne signifie pas que l'assemblée se tient de manière entièrement dématérialisée, mais plutôt qu'elle se tient en un lieu physique avec la présence d'au moins une personne et, lorsque cela est requis, du bureau de l'assemblée.

On peut s'interroger sur la nécessité de tenir formellement une assemblée dans cette hypothèse.

Si l'on ne peut pas recourir à la consultation écrite ou à une forme de prise de décision différente d'une assemblée, l'assemblée doit se tenir, en dépit du fait que, si tous les membres votent par correspondance, il n'y aura pas de débat véritable entre eux, sauf s'il est décidé de mettre en place de manière « libre » un échange entre les membres.

Effets de la remise en cause du droit de participer aux décisions

Si les membres du groupement ne peuvent plus participer à l'assemblée en y étant présents physiquement, ce sont plusieurs de leurs droits qui sont remis en cause, en réalité.

Le premier droit auquel le dispositif spécial porte atteinte est celui de participer aux décisions collectives, qui est reconnu par un certain nombre de dispositions propres à tel ou tel groupement.

L'exemple le plus connu est le droit attribué à l'associé d'une société par l'article 1844, al. 1 du Code civil, aux termes duquel « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ».

C'est ensuite le droit de demander la réunion d'une assemblée qui est remis en cause.

C'est encore le droit de poser des questions orales lors de l'assemblée qui est affecté.

Le dispositif spécial empêche enfin les membres d'amender des projets de résolution en séance ou bien de solliciter la révocation et le remplacement d'un mandataire social sans que cela ait été mis à l'ordre du jour, comme le permet par exemple l'article L 225-105, al. 3 du Code de commerce dans les SA, les SCA et les SE.

D'autres droits ne sont en revanche pas affectés : le droit de vote entendu strictement, le droit de poser des questions écrites, même s'il n'y sera pas nécessairement répondu « pendant » l'assemblée, ou encore le droit de proposer l'inscription de points ou de projets de résolution à l'ordre du jour lorsque cela est permis par la loi.

On a pu considérer que la « démocratie actionnariale » se trouverait tout simplement exclue en présence d'une assemblée à huis clos.

Un auteur écrit ainsi qu'en 2020 « tous les actionnaires de sociétés cotées ayant tenu leur assemblée générale à huis clos ont donc été contraints de voter (ou de donner mandat de voter) en amont des assemblées, c'est-à-dire avant toute présentation ou réponse aux questions écrites donnée au cours de l'assemblée par le conseil d'administration ou le directoire, et donc avant tout dialogue actionnarial (si minime soit-il en cas de huis clos) ».

Il faut cependant rappeler la possibilité pour les représentants des actionnaires, auxquels un pouvoir a été donné, de discuter entre eux.

Participation à l'assemblée par d'autres moyens

S'ils ne peuvent plus être présents physiquement ou par téléphone ou visioconférence, les membres participent ou votent à l'assemblée « selon les autres modalités prévues par les textes qui la régissent tels qu'aménagés et complétés le cas échéant par la présente ordonnance », aux termes de l'article 4 de l'ordonnance 2020-321.

Ce même article 4 précise que « les décisions sont alors régulièrement prises ».

Ces autres modalités sont, pour les SA, le vote par correspondance ou le vote électronique à distance et le vote par le biais d'un représentant.

Cette dernière possibilité va cependant être compliquée par le fait que la personne à laquelle il est donné pouvoir n'a pas nécessairement la possibilité d'assister elle-même à l'assemblée.

Concrètement, la situation « dégradée » qui voit les modes de participation ainsi limités réduit les prérogatives des membres du groupement concerné, sinon dans leur contenu même, au moins dans leurs modalités.

Vote par correspondance à l'assemblée

Le vote par correspondance est une première modalité envisageable pour que le membre d'un groupement puisse participer à une assemblée lorsque celle-ci se tient à huis clos.

Le mécanisme est simple :

le membre du groupement ne se rend pas physiquement à l'assemblée, mais il adresse par voie postale ou électronique une indication du sens à donner à son vote.

La faiblesse de ce mode de participation tient au fait que le droit de participer est réduit finalement au seul droit de vote, et que ce dernier est exercé « à l'aveugle », sans pouvoir être modifié pour tenir compte, si tel était le souhait de son titulaire, des échanges qui auront précédé le moment du vote.

Est-il concevable que le membre d'un groupement vote par correspondance à son assemblée ?

Il nous semble que la réponse devrait être positive, sauf à ce que les textes légaux ou réglementaires ou les stipulations statutaires ou contractuelles encadrant le fonctionnement des assemblées comportent une obligation pour les membres d'être personnellement présents lors de la prise des décisions ou écartent expressément le vote par correspondance.

En réalité, le vote par correspondance est assimilable à un pouvoir adressé sans indication de mandataire... mais avec des instructions de vote.

Le membre du groupement qui vote par correspondance, hors du cadre prévu par un texte spécial, demande que son droit de vote soit exercé dans le sens qu'il indique.

Le droit propre à chaque groupement indiquera comment une telle situation doit être traitée. Un argument contraire à cette reconnaissance du vote par correspondance dans le silence des textes ou des statuts peut toutefois être trouvé dans le texte de l'article 6-1, I de l'ordonnance 2020-321 rendant expressément possible le recours à cette modalité de vote (no 113), ce qui laisse entendre que le vote par correspondance n'était autrement pas possible.

En matière d'association, la Cour de cassation a par ailleurs écarté la possibilité du recours à un vote par correspondance en dehors des hypothèses prévues par les statuts (Cass. 1e civ. 25-1-2017 no 15- 25.561 : RJDA 5/17 no 348).

Dans le régime initial de l'ordonnance 2020-321, le vote par correspondance n'était possible, ainsi que le précisait l'article 3, alinéa 1 du décret 2020-418, qu'à la condition que « les dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'assemblée, les statuts ou le contrat d'émission, permettent aux membres de l'assemblée de voter par correspondance ».

Le dispositif spécial ne comportait pas d'élargissement du champ d'application du vote par correspondance. Aux termes du texte réglementaire précité, il était cependant possible à l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou au représentant légal agissant sur délégation de cet organe de décider que « les membres de l'assemblée peuvent adresser leurs instructions de vote, le cas échéant sous la forme prévue par les dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'assemblée, les statuts ou le contrat d'émission, par message électronique à l'adresse électronique indiquée à cet effet dans la convocation ».

Notons que, bien que cette règle apparaisse fondée sur la situation liée à la crise du Covid-19, elle n'était pas formellement soumise à la condition de tenue à huis clos de l'assemblée.

L'article 6-1, I de l'ordonnance 2020- 321, en sa rédaction résultant de l'ordonnance 2020-1497, a accru les possibilités de recourir au vote par correspondance.

Lorsque les textes applicables ou les dispositions statutaires ou contractuelles permettent déjà le vote par correspondance sans subordonner cette faculté à une décision de l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou de son délégataire, l'article 6-1, I de l'ordonnance 2020-321 dispose que « cette faculté demeure de droit pour les membres de l'assemblée ».

Le dispositif peut être compris comme permettant simplement le maintien de l'application des règles préexistantes. Une question subsiste néanmoins, car l'article 6-1, III prévoit que « les dispositions du présent article sont applicables quel que soit l'objet de la décision sur laquelle l'assemblée est appelée à statuer », ce qui est très clair lorsque le vote par correspondance trouve sa source dans le dispositif spécial (no 114) mais l'est moins lorsque cette modalité de vote était déjà prévue.

En clair, si les statuts d'une SAS prévoyaient déjà le vote par correspondance tout en l'excluant pour certaines décisions telles que l'approbation des comptes, la question se pose de savoir si le dispositif spécial permet de recourir au vote par correspondance y compris pour ces décisions.

Il nous semble qu'il faut en ce cas traiter le groupement en cause comme un groupement pour lequel le vote par correspondance n'est pas prévu, ce qui suppose, pour faire application de cette modalité de vote, une décision de l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou de son délégataire.

Dans les groupements pour lesquels le recours au vote par correspondance n'est pas expressément autorisé, le vote par correspondance devient possible sans qu'une clause des statuts ou du contrat d'émission ne soit nécessaire à cet effet ni ne puisse s'y opposer.

Comme le précise le rapport au Président de la République, cette extension « vise à faciliter la prise des décisions relevant de la compétence de l'assemblée, dans un contexte sanitaire dégradé et alors que les mesures restrictives prises en réponse à la crise sanitaire peuvent rendre la présence à l'assemblée difficile ».

Simplement, il faut en ce cas une décision de l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou de son délégataire. Toutes les décisions peuvent alors faire l'objet d'un vote par correspondance (Ord. 2020-321 art. 6-1, III), ceci incluant donc, ainsi que le précise le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance 2020-1497, les décisions relatives aux comptes.

Précision importante : à la différence de la décision de tenir l'assemblée à huis clos, la décision de permettre le recours au vote par correspondance ne suppose pas une impossibilité pour les membres du groupement de participer physiquement à l'assemblée.

L'article 6-1, II de l'ordonnance 2020-321 dispose que le vote par correspondance s'exerce dans les conditions prévues par les dispositions législatives ou réglementaires applicables aux personnes et entités concernées, par leurs statuts ou leur contrat d'émission ou, à défaut, dans les conditions déterminées par décret.

C'est l'article 4-2 du décret 2020-418, issu du décret 2020-1614, qui précise les conditions dans lesquelles intervient le vote par correspondance dans cette dernière hypothèse.

Le contenu de l'envoi qui doit être fait aux membres de l'assemblée est tout d'abord prévu par l'article 4-2 du décret 2020-418. Cet envoi doit comporter :

- le texte des décisions proposées ;
- un bulletin de vote ;
- le commerce du droit de participer aux décisions collectives ;
- les documents nécessaires à l'information des membres de l'assemblée.

Ces différents éléments doivent être adressés à chacun des membres de l'assemblée par écrit, « au plus tard en même temps que la convocation de l'assemblée ».

Il n'est pas précisé par l'article 4-2 du décret 2020-418 si ces éléments sont adressés en même temps aux autres personnes ayant le droit d'assister à l'assemblée, à la différence de ce que prévoit l'article 4-1 pour la consultation écrite.

Une double précision est par ailleurs apportée par l'article 4-2 du décret 2020- 418 quant à la date limite de réception des bulletins de vote.

Il nous semble suffisant que l'envoi en question comporte cette indication sans que chacun des documents la mentionne.

Par ailleurs, il est indiqué que cette date limite de réception des bulletins de vote « ne peut être postérieure au troisième jour ouvré avant la réunion de l'assemblée ».

En clair, si une assemblée se tient le jeudi, la date limite de réception ne peut pas être postérieure au lundi. Les bulletins de vote reçus le mardi ou le mercredi ne seront donc pas pris en compte... « pour le calcul du quorum », ainsi que le précise le texte.

A contrario, il nous semble que cela signifie que ces bulletins de vote arrivés tardivement doivent être pris en compte pour le calcul de la majorité.

L'article 3, al. 1 du décret 2020-418 aborde la question des instructions données en cas de vote par correspondance.

Lorsque celui-ci est possible, l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégataire peut décider que « les membres de l'assemblée peuvent adresser leurs instructions de vote, le cas échéant sous la forme prévue par les dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'assemblée, les statuts ou le contrat d'émission, par message électronique à l'adresse électronique indiquée à cet effet dans la convocation ».

Bien que cette règle apparaisse fondée sur la situation liée à la crise du Covid-19, elle n'est pas formellement soumise à la condition de tenue à huis clos de l'assemblée.

Le recours au courrier électronique

La possibilité de recourir au courrier électronique était déjà ouverte avant l'ordonnance 2020-321 par des textes spéciaux.

L'article 1366 du Code civil, qui dispose en matière de preuve que « l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité », ne pouvait-il déjà fonder le recours aux envois électroniques ?

En réalité, ce texte n'abordait pas la question à laquelle s'intéresse l'ordonnance 2020-321 : un courrier autre que papier permet-il à la société d'exécuter correctement son obligation d'information ?

La réponse n'était pas certaine et, lorsqu'une disposition réglementaire ancienne exigeait de la société un « envoi » à une « adresse indiquée [par l'actionnaire] », aux frais de ladite société (Décret 67-236 du 23-3-1967 art. 138 dans sa rédaction antérieure au décret 2002-803 du 3-5-2002), le texte, devenu l'article R 225-88 précité, a été modifié pour viser l'envoi électronique (le décret 2002-803 ayant inclus à l'article 138 la possibilité d'un « envoi [...] par un moyen électronique de télécommunication »).

L'ordonnance 2020-321 assouplit donc le régime et il faut espérer que le texte sera maintenu après la crise sanitaire : l'envoi d'un courrier électronique est un meilleur moyen de preuve que l'envoi d'un courrier simple et même que l'envoi d'un courrier recommandé, s'agissant du contenu du courrier, sauf à trouver un moyen de s'assurer de la preuve non seulement de l'acte d'envoi, mais aussi du contenu de celui-ci.

Participation dématérialisée à l'assemblée

Les possibilités de recourir à des modes de participation dématérialisée aux assemblées étaient, avant l'adoption de l'ordonnance 2020-321, présentées comme des exceptions par notre droit des sociétés, au moins dans la SA (C. com. art. L 225-107) et la SARL (C. com. art. L 223-27).

Le principe était la participation physique aux assemblées, la participation par téléphone ou visioconférence étant admise dans les seuls cas prévus par la loi et dans les conditions instituées par les textes spéciaux.

L'article 5, I de l'ordonnance 2020-321, qui n'a pas été modifié, n'est pas loin de renverser ce principe.

Ce texte dispose en effet que, « sans qu'une clause des statuts ou du contrat d'émission ne soit nécessaire à cet effet ni ne puisse s'y opposer, l'organe mentionné à l'article 4 ou son délégataire peut décider que sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les membres des assemblées qui participent par une conférence téléphonique ou audiovisuelle permettant leur identification ».

Cette dématérialisation de la participation bénéficie en outre aux autres personnes ayant le droit d'assister à l'assemblée. Il est précisé que cette possibilité peut jouer « quel que soit l'objet de la décision sur laquelle l'assemblée est appelée à statuer » (Ord. 2020-321 art. 5, III).

Autre précision importante : à la différence de la décision de tenir l'assemblée à huis clos, la décision de permettre le recours à la conférence téléphonique ou audiovisuelle ne suppose pas une impossibilité que les membres du groupement puissent participer physiquement à l'assemblée.

Les dispositions réglementaires du Code de commerce relatives au vote par des moyens électroniques de télécommunication à une assemblée de SARL ou à une assemblée de SA, SCA ou SE sont prises en compte par l'article 5 du décret 2020-418 afin que le vote par lesdits moyens soit possible sans qu'une clause des statuts ne soit nécessaire à cet effet.

S'agissant des modalités de cette dématérialisation, un principe est posé : « les moyens techniques mis en œuvre transmettent au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations » (Ord. 2020-321 art. 5, II).

Bien que cette difficulté n'ait sans doute pas été vue par les rédacteurs de l'ordonnance, il est exigé pour les SARL (C. com. art. R 223-20-1) et pour les sociétés par actions autres que les SAS (art. R 225-61) qu'elles aménagent un site internet exclusivement consacré aux fins de permettre aux associés ou aux actionnaires de voter aux assemblées par des moyens électroniques de télécommunication.

Cette contrainte lourde reçoit-elle une dérogation lorsque la participation par téléphone ou visioconférence n'est autorisée qu'en application du dispositif spécial dans ces sociétés?

La réponse est clairement négative, dès lors que la participation inclut la possibilité de voter de manière dématérialisée, puisque l'article 5 du décret 2020-418 renvoie expressément aux « conditions prévues [aux articles R 223-20-1 et R 225-61] ».

L'article 5, al. 2 du décret 2020- 418 étend les dispositions de l'alinéa 1er aux assemblées d'obligataires, aux assemblées de porteurs de titres participatifs et aux assemblées de porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital régies par l'article R 228-68 du Code de commerce.

La précision était utile car, même si l'article R 228-68 renvoie aux dispositions réglementaires sur les assemblées d'actionnaires (C. com. art. R 225-61s.), il n'allait pas de soi que les dispositions dérogatoires édictées pour ces assemblées s'étendent aux assemblées d'obligataires.

Une « exception » est prévue pour les assemblées d'actionnaires de SA, de SCA et de SE soumises aux dispositions de l'article L 225-107, II du Code de commerce et pour les assemblées d'obligataires (et de porteurs de valeurs mobilières composées) relevant de l'article L 228-61 du même Code.

Pour ces assemblées, la nature des moyens techniques admis et les conditions d'application de la dématérialisation sont celles déterminées par l'article R 225-97 de ce Code, qui a inspiré les rédacteurs de l'ordonnance 2020-321 puisqu'il disposait déjà que les « moyens de visioconférence ou de télécommunication [...] transmettent au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations ».

Représentation des associés à l'assemblée

La représentation d'un membre est un autre moyen de permettre l'exercice des prérogatives attachées à la qualité de membre alors même que le membre en question ne se présente pas physiquement à l'assemblée.

La participation à une assemblée par le biais d'un représentant est organisée par certains textes spéciaux (C. com. art. L 225- 106 pour les SA, par exemple).

En l'absence de texte spécial, on peut hésiter.

Faut-il considérer que la possibilité d'intervenir par le biais d'un représentant est toujours de droit pour le membre d'un groupement, sauf interdiction édictée par un texte ou une stipulation en ce sens? Ou bien une disposition spéciale est-elle au contraire nécessaire, à défaut de laquelle le membre devrait nécessairement participer personnellement?

La question consiste en réalité à déterminer si la solution de droit commun (une personne capable peut donner une procuration) est remise en cause par l'intuitue personae, qui affecte les droits du membre du groupement concerné.

Il est possible que les solutions divergent selon les groupements concernés et que, par exemple, la représentation soit admise par principe dans les associations relevant de la loi du 1er juillet 1901 (Mémento Associations 2020 n° 7410), tandis que la solution serait par principe opposée dans les SNC (Mémento Sociétés commerciales 2021 n° 23020).

En admettant que le membre d'un groupement puisse participer à une assemblée par le biais d'un représentant, la question se posera en toute hypothèse de savoir si ledit représentant est en mesure d'accéder à l'assemblée.

Si l'assemblée se tient à huis clos, le représentant, qui n'a pas plus de droits que le représenté, se trouvera aussi limité que ce dernier dans son accès à l'assemblée.

Cette limitation a pour conséquence de contraindre le représentant à intervenir à l'assemblée par l'un des moyens autorisés (visioconférence, par exemple, si celle-ci est possible).

La faculté de poser des questions pendant l'assemblée ne peut pas être exercée par celui qui vote par correspondance, mais celui qui charge un représentant d'assister à l'assemblée en son nom peut lui donner instruction de poser une ou plusieurs questions... s'il est en mesure de le faire.

Certains auteurs semblent exclure la possibilité que le pouvoir puisse être donné à un représentant qui ne pourrait lui-même accéder à l'assemblée.

Les règles spéciales sont prévues par le décret 2020-418, et elles ne concernent en réalité que les sociétés par actions autres que les SAS en raison de la référence qui est faite par l'article 6, al. 1 du dit décret à l'article L 225-106 du Code de commerce.

La condition d'application commune aux deux dispositions contenues à l'article 6 du décret 2020-418 tient à ce que l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégataire doit avoir décidé que l'assemblée se tenait sans la présence physique de ses membres et sans que ceux-ci puissent y participer par voie de conférence téléphonique ou audiovisuelle.

L'article 6, 1o du décret 2020-418 procède tout d'abord à la modification d'un délai, qui concerne les mandats avec indication de mandataire, adressés ou non par voie électronique.

Il est prévu par le dispositif spécial que ces mandats « peuvent valablement parvenir à la société jusqu'au quatrième jour précédant la date de l'assemblée générale ».

Le texte précise que cela porte aussi sur les mandats donnés par voie électronique dans les conditions définies à l'article R 225-61 du Code de commerce et que cela est fait en dérogation à la première phrase de l'article R 225-80 du même Code.

Ce dernier texte dispose en effet que « les instructions données par la voie électronique dans les conditions définies à l'article R 225-61 comportant procuration ou pouvoir peuvent valablement parvenir à la société jusqu'à 15 heures, heure de Paris, la veille de la réunion de l'assemblée générale »

L'article 6, 2o du décret 2020-418 dispose ensuite que le mandataire adresse ses instructions pour l'exercice des mandats dont il dispose, à la société ou à l'intermédiaire habilité par elle, par message électronique à l'adresse électronique indiquée par la société ou l'intermédiaire, sous la forme du formulaire mentionné à l'article R 225-76 du Code de commerce, au plus tard le quatrième jour précédant la date de l'assemblée.

C'est ici à l'article R 225-77 qu'il est dérogé, car ce texte dispose en son premier alinéa que « la date après laquelle il ne sera plus tenu compte des formulaires de vote reçus par la société ne peut être antérieure de plus de trois jours à la date de la réunion de l'assemblée, sauf délai plus court prévu par les statuts » et que « les formulaires électroniques de vote à distance peuvent être reçus par la société jusqu'à la veille de la réunion de l'assemblée générale, au plus tard à 15 heures, heure de Paris ».

Consultation écrite des associés

Bien que les textes du dispositif spécial présentent en certaines occasions la consultation écrite comme l'une des modalités de participation à une assemblée, il faut bien comprendre que la consultation écrite est un mode de prise des décisions par les associés qui est alternatif à la tenue d'une assemblée.

Consentement des associés donné dans un acte

Certains groupements permettent à leurs membres de prendre des décisions en exprimant leur consentement dans un acte, de manière unanime.

Ainsi, pour les SARL, l'article L 223-27, al. 1 du Code de commerce dispose que, si les décisions sont en principe prises dans le cadre d'une assemblée, « les statuts peuvent stipuler qu'à l'exception de celles prévues au premier alinéa de l'article L 223-26 toutes les décisions ou certaines d'entre elles [...] pourront résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte ».

Ce mode de prise de décision n'exclut pas qu'une discussion entre les membres du groupement ait précédé la prise de décision, mais elle ne le garantit pas.

Le dispositif spécial n'ajoute pas de possibilité de prise de décision selon cette modalité, mais les groupements pour lesquels le recours au consentement unanime était déjà possible pourront l'utiliser en lieu et place d'une assemblée.

Choix entre les différents modes de participation des associés aux décisions

Lorsque le membre d'un groupement a choisi un mode de participation et en a fait usage (par exemple, en adressant un bulletin de vote par correspondance rempli), la possibilité de changer de mode de participation avant que l'assemblée ait statué (par exemple, en adressant un pouvoir ou en se présentant personnellement à l'assemblée) dépend des règles de droit commun applicables au groupement concerné.

Il est probable que les évolutions de la situation sanitaire donneront lieu à des changements de mode de participation plus fréquents qu'à l'accoutumée.

Sauf règle spécifique, la possibilité pour le membre d'un groupement d'exprimer son droit pendant une période donnée devrait impliquer la possibilité de modifier la position prise dès lors que le délai n'est pas expiré.

Le dispositif spécial a cependant édicté une règle particulière qui reçoit application dans les SA, les SCA et les SE.

Dans ces sociétés, l'article R 225-85, III du Code de commerce interdit à l'actionnaire qui a déjà exprimé son vote à distance, envoyé un pouvoir ou demandé sa carte d'admission ou une attestation de participation dans les conditions prévues à la dernière phrase du II dudit article de choisir un autre mode de participation à l'assemblée, sauf disposition contraire des statuts.

L'article 7 du décret 2020-418, qui n'a pas été modifié, permet, par dérogation au III de l'article R 225-85 et sans qu'une clause des statuts ne soit nécessaire à cet effet, qu'un actionnaire qui a déjà choisi un mode de participation en choisisse un autre, « sous réserve que son instruction en ce sens parvienne à la société dans des délais compatibles avec les dispositions du premier alinéa de l'article R 225-77 et de l'article R 225-80 du même Code, tel qu'aménagé par l'article 6 du présent décret ».

Il est alors prévu que, « par dérogation à la seconde phrase de l'article R 225-80 de ce Code, les précédentes instructions reçues sont alors révoquées ».

Cette règle dérogatoire ne suppose pas, formellement, que l'assemblée se tienne à huis clos.

Bureau de l'assemblée tenue « à huis clos »

Le dispositif spécial comporte des règles particulières à la composition du bureau , s'agissant tant de la personne présidant l'assemblée que des scrutateurs qui officient dans certaines assemblées. Ces règles ne sont cependant applicables qu'aux assemblées de certains groupements.

Règles communes relatives au bureau des assemblées « à huis clos »

L'article 8, II du décret 2020-418 est relatif au champ d'application des dispositions dérogatoires sur le président de l'assemblée et les scrutateurs, et il suppose une explication.

Il est tout d'abord prévu que l'intégralité des dispositions de l'article 8, I sont applicables à trois formes sociales (SA, SCA et SE) ainsi qu'aux « assemblées spéciales des porteurs de certificats d'investissement » et « aux assemblées de porteurs d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote ». Cette manière de présenter les choses est curieuse car la référence à une forme sociale dans son ensemble (SA, par exemple) devrait suffire à inclure dans le champ d'application du texte les assemblées spéciales organisées par cette société, notamment celles réunissant les porteurs de certificats d'investissement ou les porteurs d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote.

Il faut en comprendre que sont concernées par le texte les assemblées spéciales de porteurs de certificats d'investissement ou d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote se tenant dans des sociétés autres que des SA, SCA ou SE, c'est à-dire se tenant dans des SAS.

Le 2o du I de l'article 8 est par ailleurs déclaré applicable aux assemblées d'obligataires, de porteurs de titres participatifs et de porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital (Décret 2020-418 art. 8, II).

Ces mesures ne concernent pas les assemblées d'associés de SARL, qui doivent toujours être présidées par l'associé présent ou par un gérant (C. com. art. R 223-23).

Ces règles spéciales concernaient initialement le cas où l'assemblée se tient à huis clos.

Le décret 2020-1614 a ajouté la condition tenant à l'impossibilité faite aux membres de l'assemblée d'y participer par voie de conférence téléphonique ou audiovisuelle.

Les membres des assemblées sont informés, dès que possible et par tous moyens, de l'identité et de la qualité des personnes désignées (Décret 2020-418 art. 8, III).

Présidence de l'assemblée tenue « à huis clos »

Aux termes de l'article R 225-100 du Code de commerce, l'assemblée des actionnaires d'une SA, d'une SCA ou d'une SE est normalement présidée par le président du conseil d'administration ou de surveillance ; en son absence, par la personne prévue par les statuts et , à défaut, par un président élu par l'assemblée elle-même.

Parce que cette dernière hypothèse risque de ne pouvoir être mise en œuvre facilement par l'assemblée se tenant à huis clos, l'article 8, I-1o du décret 2020-418 dispose que, si les possibilités (1) et (2) ne peuvent pas être mises en œuvre, l'assemblée « est présidée par la personne désignée à cet effet par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance parmi ses membres ou, en cas d'indisponibilité, parmi les mandataires sociaux ».

Il est ainsi dérogé temporairement à la désignation selon la dernière modalité prévue par l'article R 225-100 du Code de commerce.

Cette règle s'applique au lendemain de la publication du décret au Journal officiel, à savoir le 12 avril 2020.

Initialement, cette règle s'appliquait dès lors que l'assemblée se tenait à huis clos.

Le décret 2020-1614 a ajouté à cette exigence celle selon laquelle les membres de l'assemblée ne doivent pas pouvoir y participer par voie de conférence téléphonique ou audiovisuelle.

Dans les groupements qui ne sont pas soumis à la disposition spéciale que constitue l'article 8, I-1o du décret 2020- 418, comme les SARL ou les associations, la présidence de l'assemblée sera assurée conformément au droit commun ou aux statuts.

Scrutateurs siégeant au bureau de l'assemblée tenue « à huis clos »

En droit commun, l'article R 225-101, al. 1 du Code de commerce dispose que « sont scrutateurs de l'assemblée, les deux membres de l'assemblée disposant du plus grand nombre de voix et acceptant cette fonction ».

Le décret 2020-418, en sa rédaction initiale, avait introduit la possibilité que les scrutateurs soient désignés en dehors des actionnaires.

L'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégataire devait, au moment de désigner les deux scrutateurs, « s'efforcer » de les choisir parmi les actionnaires, étant indiqué que, « à défaut, les scrutateurs pourront être choisis parmi les actionnaires » (art. 8, I-2o).

L'organe compétent pour convoquer l'assemblée se trouvait donc investi exceptionnellement du pouvoir de désigner les scrutateurs, avec une obligation de moyens (« il s'efforce ») de choisir les scrutateurs parmi les actionnaires.

L'article 13, al. 3 du décret 2020-418 dispose que l'article 8, I-2o « est applicable aux assemblées dont la convocation intervient après l'entrée en vigueur du présent décret », c'est-à-dire aux assemblées dont la convocation intervient après le 12 avril 2020. 89 L'article 8 du décret 2020-418 est modifié par le décret 2020-1614, qui supprime le terme « s'efforcer ».

Il est désormais prévu que l'organe compétent ou son délégataire « choisit », sans nuance, les deux scrutateurs parmi les dix actionnaires disposant du plus grand nombre de droits de vote dont la société a connaissance à la date de convocation de l'assemblée.

S'ils ne répondent pas ou refusent leur désignation, les scrutateurs peuvent alors être choisis en dehors des actionnaires.

Spécificités du procès-verbal de l'assemblée "à huis clos"

Exigences spécifiques pour le procès-verbal d'assemblée à huis clos

L'article 4 du décret 2020-418 traite des mentions que doit comporter « le procès-verbal de l'assemblée établi en application des dispositions législatives ou réglementaires ou des statuts qui régissent cette dernière » à deux égards. Notons que des règles spécifiques au procès-verbal des sociétés cotées sont prévues (nos 197s.).

D'une part, il faut indiquer le recours au dispositif spécial dans trois hypothèses :

- lorsque l'assemblée est tenue à huis clos en application de l'article 4 de l'ordonnance 2020-321 ;
- lorsqu'il a été décidé de permettre le recours à la visioconférence ou audioconférence en application de l'article 5 de l'ordonnance ;
- lorsqu'il a été décidé de permettre le vote par correspondance en application de l'article 6-1 de l'ordonnance.

D'autre part, lorsqu'il a été recouru à l'article 4 de l'ordonnance 2020-321, le procès-verbal doit en outre préciser « la nature de la mesure administrative » limitant ou interdisant les déplacements ou les rassemblements collectifs pour des motifs sanitaires et faisant obstacle à la présence physique à l'assemblée des membres de celle-ci.

Champ d'application des spécificités du procès-verbal

Les exigences relatives au procès verbal ne s'appliqueraient que pour autant que les dispositions législatives ou réglementaires ou les statuts du groupement concerné prévoient l'établissement d'un procès-verbal.

Des modèles pour que les associés de SAS participent aux décisions collectives au temps du Covid-19



Comment convoquer l'assemblée générale d'une SAS ou provoquer la consultation écrite de ses associés en période de pandémie ?

Voici quelques modèles adaptables à la situation de chaque société (lettre de convocation à l'assemblée générale annuelle d'une SARL, d'une SAS, d'une SA cotée ou non cotée, etc.).

Modèle de lettre de convocation à l'assemblée générale annuelle d'une SAS n'ayant pas recours au financement participatif

..... (dénomination sociale)

Société par actions simplifiée au capital de €

Siège social :

..... (numéro RCS) RCS (ville du RCS)

..... (nom dénomination sociale de l'associé)

..... (adresse)

Le 2021.

Lettre/lettre recommandée/lettre recommandée AR/courrier électronique (selon les dispositions des statuts)

Objet : Convocation à l'assemblée générale des associés

Madame, Monsieur,

J'ai l'honneur de vous convoquer à l'assemblée générale annuelle de notre Société (dénomination sociale) qui se tiendra à huis clos le (date) à (heure) au (lieu).

Dans le contexte d'épidémie de Covid-19, et conformément aux dispositions prises par le Gouvernement pour lutter contre sa propagation issues notamment de l'ordonnance n° 2020-321 du 25 mars 2020 prorogée et modifiée par les ordonnances n° 2020-460 du 22 avril 2020 et n° 2020-1497 du 2 décembre 2020 et du décret n° 2020-418 du 10 avril 2020 prorogé et modifié par le décret n° 2020-1614 du 18 décembre 2020, (organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégataire) a décidé le

(date) de tenir l'assemblée générale hors la présence physique ou par conférence

téléphonique ou audiovisuelle des associés et des autres personnes ayant le droit d'y assister.

(Le cas échéant, préciser les modalités permettant aux associés d'assister à la retransmission en direct et/ou à la rediffusion en différé de l'assemblée.)

Vous êtes invité(e) à voter par procuration *(si les statuts le prévoient ou ne s'y opposent pas)* ou par correspondance *(si les statuts ou l'organe compétent pour convoquer l'assemblée [ou son délégataire] le prévoient)*.

Les conditions et modalités précises de participation des associés à l'assemblée générale sont détaillées à la fin de la présente lettre de convocation. Ces modalités étant susceptibles d'évoluer en fonction des impératifs sanitaires et des dispositions légales et réglementaires y afférentes, vous êtes invité(e) à prêter régulièrement attention aux communications auxquelles procéderait la Société ou *(le cas échéant)* notamment en consultant la rubrique dédiée à l'assemblée générale de la Société sur son site internet : *(site internet)*.

Les associés seront appelés à délibérer sur l'ordre du jour suivant :

- *(le cas échéant)* présentation des rapports *(rapports pertinents du Président/du Comité de direction et des Commissaires aux comptes) ;*
- *(énumérer les projets de résolution portant et/ou ne portant pas sur une modification des statuts)*

CONDITIONS DE PARTICIPATION A L'ASSEMBLEE

(Les informations ci-dessous ne relèvent pas des mentions devant obligatoirement figurer dans la lettre de convocation ; elles sont signalées ici à titre informatif et pourront être incluses dans la lettre.)

Chaque associé a le droit de participer aux assemblées générales.

Un associé peut se faire représenter par un autre associé ou par un tiers *(selon les dispositions des statuts)*.

(Il est rappelé que la représentation des associés est librement organisée par les statuts ; en l'absence de disposition statutaire, les associés peuvent être représentés aux assemblées en application du droit commun du mandat).

Si une action est indivise, le droit de participer à l'assemblée appartient à chaque indivisaire.

Le droit de vote revient alors au mandataire unique qui les représente, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux *(à défaut de disposition statutaire contraire)*.

Si une action est grevée d'un usufruit, le droit de participer à l'assemblée appartient au nu-propiétaire et à l'usufruitier.

Le droit de vote revient alors à l'usufruitier concernant les décisions relatives à l'affectation des bénéfices et, sous réserve de convention conclue entre le nu-propiétaire et l'usufruitier, au nu-propiétaire concernant les autres décisions *(à défaut de disposition statutaire contraire, étant précisé que les statuts ne peuvent ni priver l'usufruitier du droit de voter l'affectation des bénéfices ni interdire ou limiter les conventions entre nu-propiétaire et usufruitier)*.

Si une action est louée, le droit de participer à l'assemblée appartient au bailleur et au locataire. Le droit de vote revient alors au locataire concernant les projets de résolution ne portant pas sur une modification des statuts, et au bailleur concernant ceux portant sur une modification des statuts ou un changement de nationalité de la Société.

DOCUMENTS DESTINES AUX ASSOCIES

(Il revient aux statuts de fixer les contours du droit de communication préalable ou permanent des associés en précisant notamment les documents qui leur sont transmis ou qui sont mis à leur disposition dans la perspective de l'assemblée.

Néanmoins, afin de permettre aux associés de voter en connaissance de cause, il est recommandé d'annexer à la lettre de convocation le texte des résolutions proposées un bulletin de vote précisant la date limite de sa réception par la Société, une formule de procuration et tout autre document nécessaire à l'information des associés [par exemple, et le cas échéant, les comptes annuels de la Société arrêtés, le rapport de gestion du Président/du Comité de direction, les comptes consolidés, le rapport sur la gestion du groupe et les rapports du Commissaire aux comptes sur les comptes annuels et les comptes consolidés. La transmission des documents précités est obligatoire lorsque le droit des associés de voter par correspondance procède, non d'une clause statutaire, mais d'une décision de l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou de son délégataire.]

MODALITES DE PARTICIPATION A L'ASSEMBLEE GENERALE

Les associés pourront participer à l'assemblée générale en votant par procuration ou *(le cas échéant)* par correspondance.

1. Vote par procuration

Les associés peuvent donner pouvoir à un autre associé ou à un tiers *(selon les dispositions des statuts)*. *(Il est rappelé que la représentation des associés est librement organisée par les statuts ; en l'absence de disposition statutaire, les associés peuvent être représentés aux assemblées en application du droit commun du mandat.)* Les associés ou le mandataire doivent faire parvenir à la Société le mandat donné en le transmettant, complété, daté et signé, à l'adresse suivante : *(adresse postale si les statuts le prévoient/adresse électronique si les statuts ou l'organe compétent pour convoquer l'assemblée [ou son délégataire] le prévoient)*. *(Si le droit de voter par correspondance procède des statuts)* Le mandataire doit faire parvenir à la Société ses instructions de vote pour l'exercice des pouvoirs dont il dispose selon les modalités suivantes : *(modalités prévues par les statuts)*. Pour être prises en compte, ses instructions de vote devront être reçues par la Société au plus tard le *(délai prévu par les statuts)*, soit au plus tard le *(date)*.

(Si le droit de voter par correspondance procède, non d'une clause statutaire, mais d'une décision de l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou de son délégataire) Le mandataire doit faire parvenir à la Société le bulletin de vote sur lequel figurent ses instructions pour l'exercice des pouvoirs dont il dispose en le transmettant, complété, daté et signé, à l'adresse suivante : *(adresse postale/adresse électronique si l'organe compétent pour convoquer l'assemblée [ou son délégataire] le prévoit).*

Pour le calcul du quorum *(s'il en est prévu un)*, le bulletin de vote devra être reçu par la Société au plus tard le *(troisième, au moins)* jour ouvré avant l'assemblée générale, soit au plus tard le *(date).*

(Il est rappelé que ce délai ne trouve à s'appliquer qu'au calcul du quorum et non à celui de la majorité.)

2. Vote par correspondance

(Si les statuts ou l'organe compétent pour convoquer l'assemblée [ou son délégataire] le prévoient)

Les associés ont la possibilité de voter par correspondance. *(Si le droit de voter par correspondance procède des statuts)* Les associés ont la possibilité de voter par correspondance selon les modalités suivantes *(modalités prévues par les statuts)*. Pour être pris en compte, le bulletin de vote devra être reçu par la Société au plus tard le *(délai prévu par les statuts)*, soit au plus tard le *(date)*. *(Si le droit de voter par correspondance procède, non d'une clause statutaire, mais d'une décision de l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou de son délégataire)* Les associés ont la possibilité de voter par correspondance en transmettant leur bulletin de vote, complété, daté et signé, à l'adresse suivante : *(adresse postale/adresse électronique si l'organe compétent pour convoquer l'assemblée [ou son délégataire] le prévoit).*

Pour le calcul du quorum *(s'il en est prévu un)*, le bulletin de vote devra être reçu par la Société au plus tard le *(troisième, au moins)* jour ouvré avant l'assemblée générale, soit au plus tard le *(date)*. *(Il est rappelé que ce délai ne trouve à s'appliquer qu'au calcul du quorum et non à celui de la majorité.)*

Nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos sentiments distingués.

(L'organe ou la personne désigné par les statuts pour convoquer l'assemblée, usuellement le Président/le Comité de direction)

Modèle de lettre de consultation écrite des associés d'une SAS n'ayant pas recours au financement participatif

..... (dénomination sociale)

Société par actions simplifiée au capital de €

Siège social :

..... (numéro RCS) RCS (ville du RCS)

..... (nom dénomination sociale de l'associé)

..... (adresse)

Le 2021.

Lettre/lettre recommandée/lettre recommandée AR/courrier électronique

Objet : Consultation écrite des associés

Madame, Monsieur,

(Si les statuts prévoient la consultation écrite) Conformément aux statuts de notre Société, ainsi qu'aux dispositions prises par le Gouvernement pour lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 issues notamment de l'ordonnance n° 2020-321 du 25 mars 2020 prorogée et modifiée par les ordonnances n° 2020-460 du 22 avril 2020 et n° 2020-1497 du 2 décembre 2020 et du décret n° 2020-418 du 10 avril 2020 prorogé et modifié par le décret n° 2020-1614 du 18 décembre 2020, j'ai l'honneur de soumettre à votre vote, par voie de consultation écrite, les décisions portant sur l'ordre du jour suivant : *(énumérer les projets de résolution portant et/ou ne portant pas sur une modification des statuts)*.

.
(*Si les statuts ne prévoient pas ou interdisent la consultation écrite*) Conformément aux dispositions prises par le Gouvernement pour lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 issues notamment de l'ordonnance n° 2020-321 du 25 mars 2020 prorogée et modifiée par les ordonnances n° 2020-460 du 22 avril 2020 et n° 2020-1497 du 2 décembre 2020 et du décret n° 2020-418 du 10 avril 2020 prorogé et modifié par le décret n° 2020-1614 du 18 décembre 2020, j'ai l'honneur de soumettre à votre vote, par voie de consultation écrite, les décisions portant sur l'ordre du jour suivant : (*énumérer les projets de résolution portant et/ou ne portant pas sur une modification des statuts*).

(*Si la consultation écrite est autorisée par les statuts*) Les décisions ordinaires/extraordinaires/ordinaires et extraordinaires seront valablement prises si elles sont adoptées dans les conditions suivantes (*indiquer les conditions de quorum ou de majorité prévues par les statuts en cas de [première et, le cas échéant, seconde] consultation écrite des associés, applicables lorsque la loi ne prévoit pas d'exigence particulière*).

Pour être pris en compte, votre bulletin de réponse, complété et signé, devra être adressé à la Société par lettre recommandée/ lettre recommandée AR/courrier électronique/télécopie (*selon les dispositions des statuts et, si l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégataire le prévoit, envoi d'un message électronique à une adresse électronique*), dans les (*délai prévu par les statuts*) jours à compter de l'envoi/la réception (*selon les dispositions des statuts*) de la présente lettre. (*Si la consultation écrite est autorisée, non par les statuts, mais par l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégataire*) Les décisions ordinaires/extraordinaires/ordinaires et extraordinaires seront valablement prises si elles sont adoptées dans les conditions suivantes : (*indiquer les conditions de quorum ou de majorité prévues par les statuts applicables aux décisions prises en assemblée [lorsque la loi ne prévoit pas d'exigence particulière], le quorum étant alors calculé « en tenant compte du nombre de membres de l'assemblée ayant exprimé un vote ou du nombre de voix dont ils disposent, selon le cas » [Décret n° 2020-418 art. 4-1], ce qui exclut à la lettre du texte les retours par abstention et les votes blancs ou nuls*). Pour être pris en compte, votre bulletin de réponse, complété et signé, devra être adressé, dans les (*15 jours, ou délai supérieur prévu par l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégataire*) jours à compter de l'envoi de la présente lettre, à la Société à l'adresse suivante : (*adresse postale/adresse électronique si l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégataire le prévoit*).

(Si la consultation écrite est autorisée par les statuts) Un procès-verbal constatant les décisions prises par consultation écrite sera établi par *(préciser l'organe ou la personne désigné par les statuts pour établir le procès-verbal)* dont *(le cas échéant)* le résultat vous sera communiqué par *(préciser les modalités de communication ou de mise à disposition du procès-verbal prévues par les statuts)*. *(Si la consultation écrite est autorisée, non par les statuts, mais par l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégataire)* J'établirai un procès-verbal constatant les décisions prises par consultation écrite dont *(le cas échéant)* le résultat vous sera communiqué. *(La loi n'impose pas de porter le résultat de la consultation à la connaissance des associés ; il peut néanmoins être opportun de leur communiquer personnellement ce résultat, le cas échéant dans les conditions prévues par les statuts pour la communication ou la mise à disposition des procès-verbaux.)*

Conditions de participation à la consultation écrite

(Les informations ci-dessous ne relèvent pas des mentions devant obligatoirement figurer dans la lettre de consultation écrite ; elles sont signalées ici à titre informatif et pourront être incluses dans la lettre.) Chaque associé a le droit de participer aux consultations écrites. Un associé peut se faire représenter par un autre associé ou par un tiers *(selon les dispositions des statuts)*. *(Il est rappelé que la représentation des associés est librement organisée par les statuts ; en l'absence de disposition statutaire, les associés peuvent être représentés lors de la consultation en application du droit commun du mandat.)*

Si une action est indivise, le droit de participer à la consultation appartient à chaque indivisaire. Le droit de vote revient alors au mandataire unique qui les représente, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux *(à défaut de disposition statutaire contraire)*. Si une action est grevée d'un usufruit, le droit de participer à la consultation appartient au nu-propiétaire et à l'usufruitier. Le droit de vote revient alors à l'usufruitier concernant les décisions relatives à l'affectation des bénéfices et, sous réserve de convention conclue entre le nu-propiétaire et l'usufruitier, au nu-propiétaire concernant les autres décisions *(à défaut de disposition statutaire contraire, étant précisé que les statuts ne peuvent ni priver l'usufruitier du droit de voter l'affectation des bénéfices ni interdire ou limiter les conventions entre nu-propiétaire et usufruitier)*.

Si une action est louée, le droit de participer à la consultation appartient au bailleur et au locataire. Le droit de vote revient alors au locataire concernant les projets de résolution ne portant pas sur une modification des statuts, et au bailleur concernant ceux portant sur une modification des statuts ou un changement de nationalité de la Société.

Documents destinés aux associés

(Il revient aux statuts de fixer les contours du droit de communication préalable ou permanent des associés en précisant notamment les documents qui leur sont transmis ou qui sont mis à leur disposition dans le cadre de la consultation écrite. Néanmoins, afin de permettre aux associés de voter en connaissance de cause, il est recommandé d'annexer à la lettre de consultation écrite le texte des projets de résolution présentés, un bulletin de réponse, et tout autre document nécessaire à l'information des associés [par exemple, et le cas échéant, les comptes annuels de l'exercice clos, le rapport de gestion du Président/du Comité de direction, les comptes consolidés, le rapport sur la gestion du groupe et les rapports du Commissaire aux comptes sur les comptes annuels, et les comptes consolidés]. La transmission, aux associés et aux personnes ayant le droit d'assister à l'assemblée [tels, le cas échéant, les Commissaires aux comptes et les représentants du Comité social et économique), des documents précités [le bulletin de réponse excepté, concernant les personnes autres que les associés] est obligatoire lorsque la consultation écrite est autorisée, non par les statuts, mais par l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégataire.)

Je vous prie d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de mes sentiments distingués.

*(Si la consultation écrite est autorisée par les statuts : l'organe ou la personne désigné par les statuts pour consulter les associés, usuellement le Président/le Comité de direction)
(Si la consultation écrite est autorisée, non par les statuts, mais par l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégataire : l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégataire, usuellement le Président/le Comité de direction)*

Portrait des différents dispositifs dérogatoires

Délai d'établissement et d'approbation des comptes annuels : possibilité de bénéficier des prorogations prévues par l'ordonnance 2020-318 du 25 mars 2020.

L'ordonnance 2020-318 du 25 mars 2020 a prorogé divers délais relatifs à l'établissement et l'approbation des comptes annuels.

Par exemple, les délais prévus par le droit commun pour approuver les comptes ou convoquer l'assemblée chargée de cette approbation ont été prorogés de trois mois (Ord. 2020-318 art. 3) ; de même, le délai imposé au conseil d'administration, au directoire ou aux gérants pour établir, lorsque cela est requis, une situation de l'actif réalisable et du passif exigible, un compte de résultat prévisionnel, un tableau de financement et un plan de financement prévisionnel a été repoussé de deux mois (Ord. 2020- 318 art. 4).

En effet, aux termes de l'ordonnance 2020-318, sont visés les « documents relatifs aux comptes ou semestres clôturés entre le 30 novembre 2019 et l'expiration d'un délai d'un mois après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars » (Loi 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19).

Or l'article 4 de la loi 2020-290 a déclaré l'état d'urgence pour une durée de deux mois ; cet état d'urgence a été prolongé jusqu'au 10 juillet 2020 par l'article 1er de la loi 2020-546 du 11 mai 2020.

Certes, un second état d'urgence a été déclaré par le décret 2020-1257 du 14 octobre 2020 et prorogé à deux reprises (en dernier lieu, par l'article 2 de la loi 2021-160 du 15 février 2021).

Cependant, il ne s'agit plus à notre avis de l'état d'urgence « déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars », seul visé, à la lettre des textes, par l'ordonnance 2020-318.

Est-il possible de convoquer les associés ou actionnaires à une assemblée par courrier électronique ?

Le dispositif spécial de tenue des assemblées générales en temps de pandémie ne prévoit pas la possibilité de convoquer les associés ou actionnaires par courrier électronique.

Il convient donc de respecter les règles de droit commun applicables à chaque forme sociale. Celles-ci permettent déjà, dans certains cas, la convocation par e-mail des membres d'une assemblée. Tel est le cas des associés de société à responsabilité limitée (SARL) et des actionnaires de société anonyme (SA) ou de société en commandite par actions (SCA) qui ont accepté ce mode de convocation dans un certain délai avant l'assemblée générale (C. com. art. R 223-20, R 225-63 et R 225-68).

De même, les statuts de société par actions simplifiée (SAS) peuvent librement organiser la consultation des associés et donc prévoir une convocation par courrier électronique.

En revanche, l'envoi par voie postale reste requis lorsque le droit commun le prévoit.

Dans ce cas, toutefois, la nullité des délibérations n'est pas encourue du seul fait que les convocations n'ont pas été envoyées par cette voie en raison de circonstances extérieures à la société (Ord. 2020-321 du 25-3-2020 art. 2).

Cette disposition déroge aux règles de droit commun sanctionnant par la nullité les irrégularités de convocation, sauf lorsque tous les associés ou actionnaires sont présents ou représentés (notamment, C. com. art. L 223-27 pour les assemblées assemblée d'associés de SARL et art. L 225-104, sur renvoi de l'art. L 226-1, pour les assemblées assemblées générales d'actionnaires de SA et SCA).

Il convient néanmoins d'être prudent car d'autres sanctions pourraient s'appliquer, telle la mise en jeu de la responsabilité civile des dirigeants de la société. En cas d'envoi par courrier électronique, il est en tout état de cause prudent de s'assurer d'un accusé de réception.

Participation à une assemblée générale par conférence téléphonique ou audiovisuelle et vote électronique : quels moyens peuvent être utilisés ?

Le dispositif spécial de tenue des assemblées générales en temps de pandémie permet à l'organe compétent pour convoquer une assemblée générale (ou son délégataire) d'autoriser la participation des associés ou actionnaires par conférence téléphonique ou audiovisuelle dans toute société qui ne prévoyait pas déjà ce mode de participation (cas notamment des SARL, SA, SCA et SAS dont les statuts le prévoyaient).

Les moyens techniques utilisés doivent alors satisfaire aux conditions suivantes (Ord. 2020-321 du 25-3-2020 art. 5) :

- permettre l'identification des participants ;
- transmettre au moins la voix de ceux-ci ;
- satisfaire à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations.

Par exception, pour la SA, le dispositif spécial renvoie au droit commun, mais celui-ci prévoit des règles similaires (C. com. art. L 225-107 et R 225-97, sur renvoi de ord. 2020-321 du 25-3-2020 art. 5).

La participation des associés ou actionnaires à une assemblée générale peut donc être organisée au moyen d'une plateforme classique de conférence audiovisuelle ou téléphonique satisfaisant à ces conditions.

La mise en place d'un site internet dédié n'est requise que dans les SARL, les SA et les SCA qui permettent aux associés ou actionnaires d'exercer leur droit de vote par voie électronique.

Cette faculté peut être prévue dans ces sociétés par l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégataire sans que, contrairement au droit commun, il ne soit nécessaire qu'une clause des statuts l'autorise spécialement (Décret 2020-418 art. 5).

Il est possible de prévoir un vote électronique en cours d'assemblée ou préalablement à celle-ci ; dans ce dernier cas, il s'agit d'un vote par correspondance (ou « à distance ») exercé par voie électronique.

Dans les deux cas, il est nécessaire de mettre en place un site dédié ; dans les SARL, et, dans les SA et SCA, lorsque le vote électronique a lieu en séance, ce site doit n'être accessible qu'au moyen d'un code adressé préalablement aux associés ou actionnaires (C. com. art. R 223-20-1, R 225-61 et R 225-98, sur renvoi de décret 2020-418 art. 5).

Lorsqu'il n'est pas prévu ou pas possible de permettre le vote électronique, les associés ou actionnaires qui participent à une assemblée par conférence audiovisuelle ou téléphonique exercent leur droit de vote par les autres moyens à leur disposition (vote verbal, procuration, vote par correspondance par voie postale ou par e-mail, lorsque cela est prévu) sans avoir recours à un site internet dédié.

Comment les procès-verbaux d'assemblée et les feuilles de présence sont-ils signés en cas d'assemblée générale tenue par conférence téléphonique ou audiovisuelle ?

Les modalités de signature des procès-verbaux et, le cas échéant, des feuilles de présence ne font l'objet d'aucune règle spécifique du dispositif spécial de tenue des assemblées générales en temps de pandémie.

Dans les sociétés civiles et commerciales, le registre des délibérations peut être tenu et les procès-verbaux établis sous forme électronique ; dans ce cas, les procès-verbaux doivent être signés au moyen d'une signature électronique qui respecte au moins les exigences de la signature électronique avancée, et datés de façon électronique au moyen d'un horodatage offrant toute garantie de preuve (C. com. art. R 221-3, R 223-24, R 225-22, sur renvoi de l'art. R 225-106 ; Décret 78-704 du 3-7-1978 art. 45).

La signature électronique avancée des procès-verbaux est également spécifiquement prévue pour les assemblées générales de SA et SCA entièrement dématérialisées en application de l'article L 225-103-1 du Code de commerce (C. com. art. R 225-106).

La signature électronique avancée doit répondre aux exigences suivantes :

- être liée de manière univoque au signataire,
- permettre d'identifier celui-ci,
- être liée aux données associées à cette signature de sorte que toute modification ultérieure soit détectable et être créée à l'aide de données de création de signature que le signataire peut, avec un degré de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif (Règle. UE 910/2014 du 23-7-2014 art. 26).

En tout état de cause, le procès-verbal d'une assemblée doit être établi dans un délai raisonnable après celle-ci, ce qui laisse le temps d'organiser la signature du procès-verbal sous un format papier si cela est souhaité.

Rappelons que les signataires du procès-verbal sont ceux désignés par le droit commun applicable à chaque forme sociale (par exemple, membres du bureau, gérant ou associés, selon les cas).

Qu'en est-il de la signature de la feuille de présence ? En droit commun des sociétés, l'émargement par les associés ou actionnaires d'une feuille de présence lors d'une assemblée générale n'est pas toujours requis. Par exemple, la tenue d'une feuille de présence n'est pas obligatoire pour les assemblées générales d'associés de SARL ni dans la plupart des sociétés civiles.

En revanche, elle l'est pour les assemblées générales de SA ou SCA (C. com. art. L 225-114). Dans ces sociétés, la feuille de présence doit mentionner les actionnaires participant à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication, mais ceux-ci n'ont pas à l'émarger (C. com. art. R 225-95).

Même lorsque l'émargement des associés ou actionnaires n'est pas obligatoire, il peut néanmoins être opportun de faire signer une feuille de présence pour justifier de la présence des associés ou actionnaires ou de leurs mandataires.

Dans ce cas, il est possible, selon nous, d'avoir recours à la signature électronique, qui ne doit alors pas nécessairement répondre aux exigences de la signature électronique avancée.

En cas de consultation écrite des actionnaires d'une SA ou d'une SCA, les actionnaires peuvent-ils poser des questions écrites ?

Les actionnaires d'une SA ou SCA peuvent, avant la tenue d'une assemblée générale, poser par écrit des questions auxquelles le conseil d'administration ou le directoire est tenu de répondre au cours de l'assemblée ; la réponse à une question écrite est réputée avoir été donnée dès lors qu'elle figure sur le site internet de la société dans une rubrique consacrée aux questions-réponses (C. com. art. L 225-108 et L 226-1).

Le dispositif spécial de tenue des assemblées générales en temps de pandémie ne prévoit pas de règle similaire lorsqu'une consultation écrite est organisée en lieu et place d'une assemblée.

Il est recommandé de permettre aux actionnaires de poser des questions par écrit dans cette situation afin de leur assurer le même degré d'information que celui auquel ils ont droit en cas de tenue d'une assemblée générale.

Il conviendra dans ce cas d'informer les actionnaires, dans les documents d'information qui leur sont adressés en vue de la consultation écrite (cf. Décret 2020- 418 du 18-4-2020 art. 4-1), de l'adresse postale ou électronique à laquelle les questions écrites peuvent être adressées et de la date limite d'envoi de ces questions.

Dans quels cas n'est-il pas possible de tenir une assemblée générale physiquement ?

Deux séries de mesures peuvent empêcher la tenue d'une assemblée générale en présentiel.

Ces mesures sont étudiées séparément mais il convient de garder à l'esprit que, dans certains départements, elles sont cumulatives.

Interdiction des rassemblements de plus de six personnes

L'article 3, III du décret 2020-1310 du 29 octobre 2020 interdit « les rassemblements, réunions ou activités sur la voie publique ou dans un lieu ouvert au public mettant en présence de manière simultanée plus de six personnes ». La salle où se tient une assemblée générale doit-elle être considérée comme un lieu ouvert au public ?

Le dispositif spécial n'en donne aucune définition. Il faut donc se tourner vers d'autres textes pour tenter de trouver une définition.

Aux termes de l'article R 123-2 du Code de la construction et de l'habitation, « constituent des établissements recevant du public [ERP] tous bâtiments, locaux et enceintes dans lesquels des personnes sont admises, soit librement, soit moyennant une rétribution ou une participation quelconque, ou dans lesquels sont tenues des réunions ouvertes à tout venant ou sur invitation, payantes ou non.

Sont considérées comme faisant partie du public toutes les personnes admises dans l'établissement à quelque titre que ce soit en plus du personnel. »

Une circulaire du 11 mars 2011 relative à la présentation des dispositions relatives à la contravention de dissimulation du visage dans l'espace public rappelle que la jurisprudence définit un lieu ouvert au public comme étant « un lieu accessible à tous, sans autorisation spéciale de quiconque, que l'accès en soit permanent et inconditionnel ou subordonné à certaines conditions (TGI Paris 23-10-1986 : Gaz. Pal. 8 janvier 1987, confirmé par CA Paris 19-11-1986).

Ainsi, l'acquittement d'un droit d'entrée ne fait pas obstacle à ce qu'un lieu soit regardé comme ouvert au public.

Il n'est pas possible pour une société composée de plus de six associés d'interdire l'accès de certains associés à l'assemblée en fermant les portes une fois le nombre maximal d'associés atteint ou en mettant en place un système de réservation d'un nombre limité de places au-delà duquel l'accès à l'assemblée ne serait plus possible.

De telles pratiques seraient notamment contraires au droit pour tout associé de participer aux assemblées assemblées et au principe d'égalité entre les associés.

Des exceptions à l'interdiction des rassemblements ou réunions dans un lieu ouvert au public sont prévues, notamment pour les réunions à caractère professionnel (mais une assemblée générale de société n'a pas, sauf exception, de caractère professionnel) ou pour les ERP dans lesquels l'accueil du public n'est pas interdit (Décret 2020-1310 art. 3, III).

Or, l'article 28 du décret 2020-1310 du 29 octobre 2020 permet aux ERP au sens de l'article R 123-12 du Code de la construction et de l'habitation d'ouvrir leurs portes, dans des conditions de nature à permettre le respect des dispositions de l'article 1er du décret (hygiène et distanciation sociale), pour « les réunions des personnes morales ayant un caractère obligatoire ».

Ce texte permet donc la tenue d'assemblées d'assemblées générales regroupant plus de six personnes dans ces lieux si les règles sanitaires sont respectées.

Le décret ne précise pas quelles réunions sont considérées comme « ayant un caractère obligatoire ».

Peut-on combiner assemblée physique et dématérialisée ?

Il est possible de tenir son assemblée générale en présentiel tout en laissant la possibilité aux associés de participer à l'assemblée par voix de visioconférence ou de conférence téléphonique, et ce quels que soient la forme sociale et le type d'assemblée.

De même, il est possible de combiner assemblée physique, vote par visioconférence ou conférence téléphonique ainsi que vote par correspondance et par procuration.

Comment convoquer le commissaire aux comptes ?

En principe, le commissaire aux comptes doit être convoqué à toute assemblée au plus tard lors de la convocation des associés par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. com. art. R 823-9).

Dans les SAS, la CNCC a toutefois estimé que ce formalisme n'était pas compatible avec la liberté statutaire offerte par les textes pour convoquer les associés, si bien que la forme de la convocation du commissaire aux comptes est libre (Bull. CNCC juin 1997 p. 322).

L'absence de convocation du commissaire aux comptes aux assemblées assemblées est sanctionnée pénalement (mais, à notre avis, le délit n'est pas constitué si le commissaire aux comptes a bien été convoqué, quelle que soit la forme de cette convocation) et les délibérations prises en l'absence de convocation du commissaire aux comptes peuvent être annulées.

Si, en application du dispositif spécial, l'assemblée générale est tenue à huis clos ou de façon dématérialisée, ces règles s'appliquent également.

Le dispositif spécial prévoit cependant que la nullité de l'assemblée n'est plus encourue si la société n'a pu adresser les convocations par voie postale en raison de circonstance extérieures (par exemple, en cas d'impossibilité d'accéder aux locaux de la société pour envoyer les courriers).

En pratique, et cela se justifie d'autant plus compte tenu du contexte actuel, quelle que soit la forme de la société, le commissaire peut accepter d'être convoqué par lettre ordinaire, par télécopie ou par courrier électronique.

Dans ce cas, il sera prudent de préciser dans le courrier de convocation que le commissaire aux comptes a bien accepté ce mode de convocation et de lui demander de confirmer qu'il a bien reçu la convocation dans les délais prescrits en envoyant un accusé de réception par lettre, télécopie ou courrier électronique recommandé.

Si les associés sont appelés à prendre des décisions selon un autre mode de consultation que l'assemblée générale à huis clos ou dématérialisée (par exemple, consultation écrite ou acte sous signature privée) et que ce mode de consultation n'était pas prévu pour la forme sociale concernée avant la mise en place du dispositif spécial, l'obligation de convoquer le commissaire aux comptes doit être adaptée et une concertation doit être instaurée afin de lui permettre de « participer » aux décisions collectives, d'exercer sa mission et de faire connaître son opinion aux associés.

Ainsi, en cas de consultation écrite des associés, si les statuts ou les dispositions légales applicables à la société ne prévoient rien, l'information du commissaire aux comptes portant sur la consultation des associés peut, par exemple, être calquée sur celle prévue pour les SARL par l'article L 223-39, al. 1 du Code de commerce, qui impose que les commissaires aux comptes soient avisés de la consultation au plus tard en même temps que les associés.

Pour la parfaite information du commissaire, il paraît pertinent de lui communiquer le résultat de la consultation écrite.

De même, pour les formes sociales dans lesquelles la consultation par acte sous signature privée est autorisée, il conviendrait, en l'absence de précision dans les statuts sur les modalités d'information du commissaire aux comptes, de l'aviser en même temps que les associés des décisions collectives prises par acte et de lui adresser le projet d'acte et tout autre document qui pourrait lui être utile.

Une fois l'acte signé par tous les associés, une copie devrait lui être adressée

Comment constituer le bureau de l'assemblée ?

Les règles relatives au bureau ne s'appliquent qu'aux SA, SCA et SE, aucun bureau n'ayant à être constitué pour les autres formes sociales (sauf dispositions statutaires contraires).

S'agissant du bureau d'une assemblée tenue sans présence physique des actionnaires et sans que ceux-ci n'aient la possibilité d'y participer par voie de conférence téléphonique ou audiovisuelle, des règles particulières sont prévues par le dispositif spécial : l'assemblée est alors présidée par le président du conseil d'administration ou de surveillance ou, en son absence, par la personne prévue par les statuts ; à défaut, l'assemblée est présidée par la personne désignée à cet effet par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance parmi ses membres ou, en cas d'indisponibilité, parmi les mandataires sociaux.

En outre, deux scrutateurs doivent être désignés par l'organe compétent pour convoquer l'assemblée parmi les dix actionnaires qui disposent du plus grand nombre de droits de vote.

En l'absence de réponse ou en cas refus de ces actionnaires, l'organe compétent pour convoquer l'assemblée peut choisir les scrutateurs parmi les autres actionnaires ou en dehors.

Un large choix de personnes est donc possible.

S'agissant du bureau de l'assemblée dématérialisée, les règles de droit commun s'appliquent, les règles prévues par le dispositif spécial ne s'appliquant qu'aux assemblées générales tenues sans présence physique ni participation par visioconférence ou conférence téléphonique.

En particulier, les scrutateurs seront alors nécessairement des actionnaires acceptant cette fonction (C. com. art. R 225-101).

Si aucun actionnaire n'accepte d'être scrutateur, le président doit assumer seul, par la force des choses, la mission dévolue au bureau de l'assemblée.

Quel mode de participation retenir si une société non cotée compte beaucoup d'associés et que l'on ne peut ou que l'on ne veut pas recourir à une assemblée générale physique ?

La consultation écrite des associés est le mode de consultation des associés le plus simple à mettre en place. Premier avantage par rapport à l'assemblée générale à huis clos : il est possible d'y avoir recours sans avoir à justifier d'une mesure administrative faisant obstacle à la présence physique à l'assemblée des associés.

Ensuite, aucun bureau n'a à être constitué.

Enfin, il n'y a pas à organiser le vote des associés selon plusieurs modalités (par correspondance ou par procuration, ce qui peut compliquer les choses).

Par rapport à l'assemblée dématérialisée, la consultation écrite a l'avantage d'être mise en place plus facilement techniquement.

Rappelons en effet que, en cas de tenue d'une assemblée dématérialisée, les associés doivent être identifiables, la voix des participants doit être transmise et les délibérations doivent être retransmises de façon continue et simultanée.

En outre, si la société comprend de nombreux associés, le dépouillement des votes est beaucoup plus simple puisqu'il suffit de comptabiliser les votes figurant dans les bulletins retournés par les associés.

La consultation écrite n'est toutefois pas sans inconvénient puisqu'elle ne permet pas aux associés de procéder à un échange de vues sur les résolutions qui leur sont proposées.

En outre, elle impose d'envoyer par écrit à tous les associés le texte des décisions proposées, un bulletin de réponse et les documents nécessaires à leur information (Décret 2020-418 art. 4-1).

Infographie : mode de consultation des associés au temps du Covid-19
voici un récapitulatif sous forme d'infographie des modes de consultation
pouvant être mis en place dans les sociétés civiles et les principales sociétés
commerciales (SARL et sociétés par actions).



SARL

Assemblée	Vote par correspondance	✓
à	Vote par procuration	✓
huis clos	vote électronique	✓
•	Assemblée dématérialisée	✓
•	Consultation écrite	✓
•	Acte sous signature privée	✓

SAS

Assemblée	Vote par correspondance	✓
à	Vote par procuration	✓
huis clos	vote électronique	✗
•	Assemblée dématérialisée	✓
•	Consultation écrite	✓
•	Acte sous signature privée	✓

SA/SCA

Assemblée	Vote par correspondance	✓
à	Vote par procuration	✓
huis clos	vote électronique	✓
•	Assemblée dématérialisée	✓
•	Consultation écrite	✓
•	Acte sous signature privée	✗

Société civile

Assemblée	Vote par correspondance	✓
à	Vote par procuration	✓
huis clos	vote électronique	✗
•	Assemblée dématérialisée	✓
•	Consultation écrite	✓
•	Acte sous signature privée	✓

Nous sommes à votre disposition pour toutes questions complémentaires. Vous pouvez nous écrire à : contact@yitcko-avocats.com

<https://www.yitcko-avocats.com/contactez-nous/>