

<p>COVID 19 : Prolongement et ajustement des mesures spécifiques liées au droit des sociétés</p>

SOMMAIRE

<u>I. Organe de direction ou de gestion des sociétés (Conseil d'administration...)</u>	<u>2</u>
A. Tenue des réunions	2
B. Consultation écrite	2
<u>II. Tenue des assemblées</u>	<u>3</u>
A. Assemblées : les options de réunion : (article 4 de l'ordonnance 2020-321)	3
1. Conditions impératives d'ouverture des options	3
2. Choix des options : l'organe convocateur ou son délégataire	3
3. La réunion avec présence physique	3
4. La réunion par visio ou audio conférence (article 5 de l'ordonnance)	4
5. La tenue de l'assemblée à huis clos (article 4 de l'ordonnance)	4
a) <i>Les sociétés non cotées (intégrant donc les SICAV)</i>	4
b) <i>Spécificités nouvelles des sociétés cotées, hors SICAV</i>	4
6. Modalités de tenue d'assemblée : la consultation écrite	5
7. Cas particulier : Le vote par correspondance	5
B. La préparation de assemblées : convocation et envoi de documents	5
1. La convocation	5
2. Modification du régime de tenue de l'assemblée après la convocation	5
a) <i>Dispositif spécifique en cas de basculement d'un régime normal de tenue des assemblées à un régime d'interdiction ou de limitation des déplacements</i>	6
b) <i>Levée de l'interdiction de réunion</i>	6
3. Mentions particulières dans la convocation : vote et représentation	6
4. Les envois de documents dans les sociétés cotées ou non cotées	7
C. Le bureau des assemblées tenues « à huis clos » (décret art. 8 modifié)	7
1. La présidence	7
2. Les scrutateurs	7

L'ordonnance n°2020-321 du 25 mars 2020 qui apportait des assouplissements au fonctionnement des sociétés commerciales pour faciliter la tenue des organes collégiaux d'administration, de surveillance et de direction ou des assemblées délibérantes durant le premier épisode de confinement est modifiée par une nouvelle ordonnance (n°2020-1497 du 2 décembre 2020 - JO 3 décembre 2020). Le dispositif mis à jour de l'ordonnance reconduit les mesures prévues au printemps 2020 en apportant toutefois un certain nombre de modifications qui permettent aux acteurs de mieux adapter le fonctionnement de leurs structures en fonction de l'évolution des restrictions administratives liées à la crise sanitaire.

Les modalités d'application pratiques de l'ordonnance qui avaient été fixées au printemps 2020 par le décret n° 2020-418 du 10 avril 2020 sont elles aussi mises à jour par le décret n°2020-1614 du 18 décembre 2020 (JO du 19 décembre 2020).

Le dispositif dérogatoire aux règles habituelles de tenue des réunions des organes collégiaux d'administration, de direction et de surveillance ainsi que des assemblées est prévu **pour une période allant jusqu'au 1^{er} avril 2021**, sauf prorogation, dans la limite maximale du 31 juillet 2021.

I. Organe de direction ou de gestion des sociétés (Conseil d'administration...)

Les articles 8 et 9 de l'ordonnance n°2020-321 du 25 mars 2020 restent pleinement applicables, sans qu'aucune modification n'ait été apportée par la nouvelle ordonnance n°2020-1497 du 3 décembre 2020. Ces dispositions visent largement les organes collégiaux d'administration, de surveillance et de direction, des personnes morales et entités dépourvues de personnalité morale de droit privé. Sont ainsi visés, par exemple :

- les CA de SICAV ou autres sociétés
- les conseils de surveillance des fonds (FCPE, FPI,...)

A. Tenue des réunions

Les mesures exceptionnelles permettant d'écarter la tenue physique du conseil d'administration (directoire/conseil de surveillance) des sociétés sont reconduites. Les membres peuvent ainsi participer par visio ou audio conférence, sans qu'une clause des statuts ou du règlement intérieur ne soit nécessaire à cet effet ni ne puisse s'y opposer, dès lors que les moyens :

- permettent leur identification et garantissent leur participation effective,
- transmettent au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations.

B. Consultation écrite

Les décisions des organes collégiaux d'administration, de direction ou de surveillance peuvent être **prises par voie de consultation écrite** de leurs membres dans des conditions assurant la collégialité de la délibération (validation par les membres d'une lettre circulaire par exemple laissant un délai de réponse raisonnable par exemple).

Ces modalités exceptionnelles sont permises même en présence de mention contraire des statuts ou sans dispositions spécifiques dans le règlement intérieur.

Elles sont valables quel que soit le sujet des délibérations (*articles 8 et 9 de l'ordonnance*).

==> La tenue physique du Conseil d'administration d'une SICAV qui doit se tenir dans les 45 ou 60 jours de la clôture, selon qu'il s'agit d'un OPCVM ou d'un FIA, ayant pour objet l'arrêté des comptes et la convocation de l'AG n'est donc pas obligatoire.

Remarque : la nouvelle version de l'ordonnance laisse le choix discrétionnaire des modalités de réunion du conseil d'administration, sans qu'il y ait lieu de justifier ce choix. Cette liberté de choix est à comparer avec l'encadrement des modalités de tenue des AG qui impose une justification au regard des contraintes administratives et sanitaires. (voir II.A.1 ci-dessous)

II. Tenue des assemblées

Le régime de tenue des assemblées conserve ses options permettant d'alléger leur fonctionnement. Quelques aménagements, dont des modifications parfois purement rédactionnelles aux articles régissant le mécanisme, sont apportés par rapport au dispositif initial de mars 2020. Ils ont pour objectif de renforcer les droits des membres.

A. **Assemblées : les options de réunion : (article 4 de l'ordonnance 2020-321)**

A noter que ces options s'appliquent quel que soit l'objet de la décision sur laquelle l'assemblée est appelée à statuer.

1. **Conditions impératives d'ouverture des options**

L'activation du régime d'urgence sanitaire par les Autorités n'ouvre plus automatiquement la possibilité pour les acteurs de mettre en œuvre les modalités de substitution de tenue des assemblées. La nouvelle rédaction de l'ordonnance s'adapte à l'évolution potentielle dans le temps des mesures restrictives imposées par les Autorités. Ces mesures de substitution ne sont ouvertes que si : « ***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*** »

Peuvent être considérées, au cas par cas, comme des mesures restrictives :

- la limitation au droit de se déplacer (confinement)
- la limitation du nombre de personnes ayant le droit de se réunir dans un lieu clos.

Ainsi, l'assemblée d'une SA comportant 20 actionnaires ne peut mettre en œuvre les mesures de substitution si, au moment de la convocation, le droit de se réunir est limité à 30 personnes.

2. **Choix des options : l'organe convocateur ou son délégué**

Le choix entre les différentes options appartient à l'organe chargé de convoquer l'assemblée ou son délégué (Conseil d'administration, Président du Conseil, Président de la SAS,)

L'organe convoquant l'assemblée peut choisir si les conditions mentionnées ci-dessus sont réunies :

- 1° D'organiser la réunion selon les règles de présence physique habituelles,
- 2° D'organiser la réunion sous format d'audio ou visio conférence,
- 3° D'organiser la « réunion » sans la présence des membres (« le huis clos »).
- 4° De procéder à une « consultation écrite » des actionnaires

Les modalités dérogatoires de tenue de l'assemblée qui auront été retenues devront figurer dans le procès-verbal de l'assemblée. Ce procès-verbal devra préciser par ailleurs lorsque la réunion se tient à huis clos que ces modalités ont été prises en application d'une mesure administrative interdisant ou limitant les réunions physiques des actionnaires (*décret art. 4*).

Ce choix entre les différentes options peut être délégué à toute personne qui n'est pas nécessairement le représentant légal de la société (Directeur général, gérant, ...). La délégation doit être écrite et indiquer l'identité ainsi que la qualité du délégué et sa durée de validité (*décret art. 2*).

3. **La réunion avec présence physique**

Cette modalité reste celle de droit commun et n'est écartée que si des mesures administratives « ***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*** » (voir ci-dessus)

4. La réunion par visio ou audio conférence (article 5 de l'ordonnance)

Cette faculté est ouverte sans qu'une clause des statuts ne soit nécessaire à cet effet ni ne puisse s'y opposer.

Le choix de cette modalité reste cependant soumis à la capacité de la société à mettre en place les outils nécessaires permettant d'identifier les membres, pour le calcul du quorum et de la majorité, qui participent par une conférence téléphonique ou audiovisuelle. Les outils doivent permettre de transmettre au moins la voix des participants et satisfaire à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations. Les autres participants (commissaire aux comptes par exemple) peuvent participer par les mêmes moyens.

Pour les OPC qui peuvent avoir un grand nombre d'actionnaires, cette identification peut nécessiter des moyens techniques importants difficiles à gérer.

5. La tenue de l'assemblée à huis clos (article 4 de l'ordonnance)

a) Les sociétés non cotées (intégrant donc les SICAV)

Cette troisième option semble en pratique la plus pertinente pour des assemblées regroupant un grand nombre d'actionnaires potentiels.

La présence des actionnaires et autres participants (commissaire aux comptes par exemple) n'est pas prévue. Les actionnaires ne peuvent donc exercer leur droit de participer aux débats, ou de poser des questions orales. En revanche, leur droit de vote reste maintenu et peut être exercé par le vote à distance ou l'envoi de pouvoir.

b) Spécificités nouvelles pour les sociétés cotées, hors SICAV

Ces nouvelles dispositions sont encadrées par le nouvel article 5-1 de l'ordonnance et les nouveaux articles 8-1 et 8-2 du décret.

Lorsque les sociétés cotées (à l'exception des SICAV cotées) organisent une assemblée générale sans présence physique et sans mise en place d'un système de conférence téléphonique ou audiovisuelle, elles doivent en assurer la transmission en direct, sauf impossibilité technique. Les membres de l'assemblée devront être informés des conditions dans lesquelles ils peuvent assister à cette retransmission. La société devra par ailleurs en assurer la rediffusion en différé sur son site internet. Cette rediffusion doit intervenir dès que possible dans la limite de 5 jours ouvrés à compter de la date de l'assemblée et ce durant une période de 2 ans (*article 8.2 du décret*).

Tout actionnaire qui souhaite poser des questions doit les faire parvenir avant la fin du second jour ouvré avant la date d'assemblée (*nouvel article 8.2 du décret*).

L'ensemble des questions et réponses dont celles auxquelles il aura été répondues en séance devront être publiées sur le site internet de la société (*nouvel article 5-1 de l'Ordonnance*) et ce dès que possible, au plus tard dans les 5 jours ouvrés suivant l'assemblée (*nouvel article 8.2 du décret*).

Le procès-verbal du conseil d'administration ou directoire ayant décidé de la tenue de l'assemblée hors la présence physique de ses membres doit préciser « les considérations de droit et de fait qui fondent cette décision », en particulier la nature de la mesure administrative ayant conduit au mode de tenue de l'assemblée. L'absence de mise en place de conférence téléphonique ou visio conférence doit être justifiée. De même, il doit être justifié du choix des scrutateurs (*nouvel article 8.1 du décret – cf infra point C*).

6. Modalités de tenue d'assemblée : la consultation écrite

Le nouvel article 6 de l'ordonnance ouvre plus largement les possibilités de tenue de l'assemblée par consultation écrite, exception faite des sociétés cotées pour qui cette possibilité n'est pas ouverte.

« 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 les décisions relevant de la compétence des assemblées sont prises par voie de consultation écrite de leurs membres. »

« Les dispositions du présent article sont applicables quel que soit l'objet de la décision sur laquelle l'assemblée est appelée à statuer. »

L'article 4.1 nouveau du décret décrit les modalités d'organisation (envoi des documents nécessaires à l'information, texte des décisions proposées, bulletin de réponse, délai de réponse laissé aux membres de l'assemblée pour exprimer leur vote soit au minimum 15 jours après envoi des documents, ...) et de contenu minimum du procès-verbal (date d'envoi des documents, délai laissé pour répondre, identification des répondants, nombre de voix détenues par chacun d'eux, résultat de la consultation écrite).

A noter que la réponse à la consultation écrite peut s'effectuer par courrier électronique lorsque l'organe compétent ou son délégataire l'autorise expressément (*article 3 du décret nouvel alinéa 2*).

7. Cas particulier : Le vote par correspondance

L'article 6.1 modifié étend largement les possibilités de vote par correspondance. L'organe compétent pour convoquer l'assemblée (ou son délégataire) peut prévoir la possibilité du vote par correspondance, même si cette faculté n'est pas prévue par la loi ou les statuts, et ce quel que soit l'objet de la décision sur laquelle l'assemblée est appelée à voter.

Les modalités pratiques permettant aux membres de l'assemblée d'exercer leur vote (envoi de documents, réponse limite de réponse attendue soit au moins 3 jours avant la date de l'assemblée) sont détaillées à l'article 4.2 du nouveau décret.

B. La préparation de assemblées : convocation et envoi de documents

1. La convocation

L'ordonnance consacre son article 2 modifié aux modalités de convocation des membres d'une assemblée. Cet article n'est plus limité aux seules sociétés cotées comme lors de la 1^{ère} ordonnance liée à la crise sanitaire mais concerne désormais toutes « *personnes morales et entités dépourvues de la personnalité morale de droit privé* » mentionnées à l'article 1 : sociétés civiles, sociétés commerciales, associations, ...

« 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 ».

2. Modification du régime de tenue de l'assemblée après la convocation

La nouvelle rédaction de l'article 7 de l'ordonnance prend en compte les évolutions potentielles des contraintes sanitaires qui peuvent intervenir entre le moment de la convocation et celui de la tenue de l'assemblée. Des dispositions sont ainsi prévues dans le cas où les mesures sont soit assouplies soit

durcies entre le moment de la convocation et celui de la tenue de l'assemblée, et ce sans avoir à refaire l'ensemble des formalités de convocation.

a) Dispositif spécifique en cas de basculement d'un régime normal de tenue des assemblées à un régime d'interdiction ou de limitation des déplacements

Exemple de situation visée : la convocation prévoit la présence physique des 30 actionnaires. Une évolution des conditions sanitaires intervient après la convocation et limite finalement les réunions à 20 personnes. Dans cette situation, la convocation initiale reste valable, mais :

« *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.* »

Pour les sociétés cotées, il est précisé que l'information par tout moyen peut se faire par voie de communiqué.

(ordonnance article 7 §I et II)

b) Levée de l'interdiction de réunion

Exemple de situation visée : la convocation de l'assemblée est effectuée pour que cette dernière se tienne par exemple à huis clos (50 actionnaires alors que la réglementation n'autorise que des réunions de 20 personnes). Finalement, les conditions administratives sont assouplies et autorisent des réunions de 100 personnes.

L'ordonnance prévoit un régime particulier pour les sociétés qui auraient déjà convoqué leur assemblée selon les règles dérogatoires autorisées i.e en prévoyant l'impossibilité de la tenir physiquement. Elles peuvent modifier les modalités retenues pour la tenue de l'assemblée et ainsi réunir physiquement les membres : dans ce cas, les membres de l'assemblée et les autres personnes ayant le droit d'y assister en sont informés par tous moyens, 3 jours ouvrés au moins avant la date de la réunion) ou pour les sociétés cotées, par voie de communiqué, dans le même délai.

Compte tenu des délais, une nouvelle convocation selon les modalités habituelles semble difficile. Aussi, l'insertion d'un avis aisément accessible sur le site internet de la société de gestion informant les actionnaires des nouvelles modalités de tenue de l'assemblée devrait permettre à la SICAV de démontrer qu'elle a rempli ses obligations d'information des actionnaires. Pour les SICAV ayant des actionnaires au nominatif et ayant les coordonnées électroniques de ceux-ci, l'envoi d'un courrier électronique serait une bonne pratique.

(article 7 - III de l'ordonnance)

3. Mentions particulières dans la convocation : vote et représentation

Afin de favoriser l'exercice des votes par correspondance, le vote par courrier électronique peut être autorisé. Cette autorisation est donnée par l'organe compétent ou son délégué pour convoquer l'assemblée. Dans ce cas, la convocation des actionnaires doit mentionner l'adresse électronique à laquelle doivent être transmises les instructions de vote. *(décret art. 3 al.1).*

Remarque : le décret prévoit aussi la possibilité pour les SARL et les SA d'organiser le vote de manière électronique *(décret art. 5)*. Toutefois, cette possibilité reste soumise à la condition qu'elles « aménagent un site exclusivement consacré à ces fins » *(R 225-61 code de commerce)*. Cette faculté semble donc en pratique inabordable pour les SICAV.

De la même manière, lorsque la loi ou les statuts permettent à un actionnaire de se faire représenter, l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégué peut décider que les membres de l'assemblée peuvent adresser leurs mandats par message électronique à l'adresse électronique indiquée à cet effet dans la convocation. (*décret article 3 al. 3*)

- Les mandats de représentation à l'assemblée doivent parvenir à l'assemblée au moins quatre jours avant l'assemblée (*décret art. 6. 1°*)
- le mandataire doit faire parvenir ses instructions de vote au plus tard le quatrième jour précédant la date de l'assemblée. (*décret art. 6. 2°*)

Remarque : un actionnaire qui aurait déjà transmis des instructions de vote, son attestation de participation ou un mandat, en application des règles habituelles de vote, de participation ou de représentation, peut les modifier pour participer/ voter/ se faire représenter de manière électronique jusqu'à 4 jours avant l'assemblée (*décret art. 7*)

4. Les envois de documents dans les sociétés cotées ou non cotées

Les membres d'une assemblée sont en droit de demander, avant la tenue de la réunion, la communication de documents par courrier. L'envoi de documents par la société pourra être effectué par courrier électronique si le membre a communiqué son adresse électronique dans sa demande.

==> Il est recommandé d'indiquer dans la convocation que les membres demandant un document mentionnent une adresse électronique de réponse et d'inciter ces mêmes membres à effectuer leur demande sur une adresse électronique prévue dans la convocation. (*article 3 de l'ordonnance*)

C. Le bureau des assemblées tenues « à huis clos » (décret art. 8 modifié)

Les règles de composition du bureau des assemblées prévues par le code de commerce sont elles aussi allégées.

1. La présidence

Habituellement exercée par le Président du Conseil d'administration ou du conseil de surveillance, la présidence de l'assemblée peut être endossée 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.

2. Les scrutateurs

Les scrutateurs sont en principe les deux membres de l'assemblée disposant du plus grand nombre de voix et acceptant cette fonction.

Par dérogation, l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégué désigne deux scrutateurs, qu'il s'efforce de choisir parmi les 10 actionnaires disposant du plus grand nombre de droits de vote dont la société a connaissance à la date de convocation de l'assemblée. En cas d'absence de réponse ou de refus de ces actionnaires, les scrutateurs peuvent être choisis en dehors des actionnaires. Les actionnaires sont informés « dès que possible et par tous moyens, de l'identité et de la qualité des personnes désignées ».