

Vos conseils et assemblées en temps de COVID 19

L'épidémie bouleverse l'organisation des assemblées, des conseils d'administration et autres organes collégiaux d'administration ou de direction.

L'interdiction de sortie des personnes hors du domicile (décret n° 2020-293 du 23 mars 2020) est prévue jusqu'au 15 avril prochain au moins. Les dérogations, limitativement énumérées par le décret, ne comprennent pas la réunion des assemblées, conseils et autres organes. De plus, les mesures d'interdiction et d'encadrement des réunions (interdiction des réunions de plus de 100 personnes et, en-deçà, tenue dans le strict respect des mesures d'hygiène et de distanciation sociale) pourraient être maintenues un certain temps après la sortie du confinement.

Dans ce contexte il est essentiel que ces réunions puissent se tenir hors présence physique de leurs membres.

La réglementation de droit commun permet, pour certaines sociétés, la tenue dématérialisée des conseils et assemblées. Cependant, les conditions requises rendent ces dispositifs, notamment la visioconférence et autres modes de télécommunication, difficilement applicables en pratique. Par ailleurs ils sont exclus pour certaines formes de sociétés (notamment les sociétés civiles, SNC et SCS).

Face au constat que la réglementation existante ne permet pas d'assurer, dans le contexte de crise, la continuité de la gouvernance des sociétés et autres entités, le gouvernement a adopté, sur habilitation de la loi d'urgence (loi n° 2020-290 du 23 mars 2020), l'ordonnance n° 2020-321 du 25 mars 2020 « portant adaptation des règles de délibération des assemblées et organes dirigeants des personnes morales et entités dépourvues de personnalité morale de droit privé en raison de l'épidémie de COVID-19 » (l' « Ordonnance »). L'Ordonnance s'applique à toutes formes de sociétés et toutes autres entités privées sans limitation (associations, fondations, groupements, mutuelles, coopératives, etc.).

Les principales dispositions de l'Ordonnance sont les suivantes :

- **Assouplissement des modalités de convocation des assemblées (§.1) ;**
- **Possibilité de transmission par e-mail des documents et informations demandés par les membres de l'assemblée avant celle-ci au titre de leur droit de communication (§.2) ;**
- **Généralisation de la possibilité de tenue des assemblées sous forme de conférence téléphonique ou audiovisuelle et possibilité, alternativement, pour les sociétés et entités pour lesquelles la loi prévoit cette possibilité, de recourir à la consultation écrite (§. 3) ;**
- **Généralisation de la possibilité de tenue des conseils d'administration et autres organes collégiaux d'administration, de direction ou de surveillance, par conférence téléphonique ou audiovisuelle ou recours à la consultation écrite (§.4).**

Ces mesures entrent en vigueur rétroactivement au 12 mars 2020 et s'appliqueront jusqu'au 31 juillet 2020, avec une faculté de prorogation par décret jusqu'au 30 novembre 2020 au plus tard.

Un décret pris en Conseil d'Etat viendra préciser les conditions d'application de l'Ordonnance et est attendu dans les prochains jours.

1. Assouplissement des modalités de convocation des assemblées

- 1.1 Pour les sociétés cotées, le défaut d'envoi des convocations par voie postale ne constituera pas une cause de nullité dès lors qu'il résulte d'une cause extérieure à la société. Les autres formalités préalables à l'assemblée (publication de l'avis de convocation au BALO et insertion de l'avis de convocation dans un journal d'annonces légales) doivent être effectuées de façon inchangée.
- 1.2 Pour les sociétés non cotées et les autres entités, l'Ordonnance prévoit que les membres de l'assemblée et autres personnes ayant le droit d'y assister seront avisés, par tout moyen permettant d'assurer leur information effective, de la date et heure de celle-ci.

Ainsi, toutes les sociétés, y compris les SA et SARL (pour lesquelles la loi requiert un envoi postal des convocations sauf accord exprès préalable de l'actionnaire pour une convocation par e-mail), et toutes les autres entités privées pourront utilement recourir à un envoi par e-mail dès lors qu'elles disposent de l'adresse électronique de l'associé concerné. A défaut, il est recommandé d'adresser un courrier postal.

L'avis ainsi adressé aux membres de l'assemblée devra également indiquer les modalités d'exercice par ces derniers de leurs droits en tant que membres de l'assemblée, notamment le droit de demander l'inscription de points et projets de résolutions à l'ordre du jour et le droit d'obtenir les documents et informations au titre de leur droit de communication.

2. Possibilité de transmission par e-mail des documents demandés au titre du droit de communication

Les informations et documents demandés par les associés préalablement à l'assemblée au titre de leur droit de communication pourront valablement leur être adressés par e-mail.

A cet égard, rappelons qu'en temps normal, les SA et les SARL doivent adresser ces documents par la voie postale, sauf le cas où l'associé a donné son accord exprès préalable pour leur réception par e-mail.

3. Tenue des assemblées par conférence téléphonique ou audiovisuelle OU recours à la consultation écrite

3.1 Dématérialisation des assemblées et généralisation du recours à la conférence téléphonique ou audiovisuelle

a. Principe de dématérialisation des assemblées

L'Ordonnance (article 4) pose le principe de dématérialisation des assemblées. Elle prévoit en effet que, dès lors que le lieu où l'assemblée serait appelée à se réunir est affecté par une mesure administrative limitant ou interdisant les rassemblements collectifs pour des motifs sanitaires, l'auteur de la convocation 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* ». L'Ordonnance précise que « *dans ce cas les membres participent ou votent selon les autres modalités prévues par les textes qui la régissent (...)* ».

La tenue « *sans que les membres (...) ne soient présents physiquement* » - envisagée par l'Ordonnance comme un cas distinct de la tenue par conférence téléphonique ou audiovisuelle - correspond selon nous à un vote par correspondance. Les sociétés et entités pour lesquelles le vote par correspondance est admis devraient ainsi pouvoir avoir recours à cette modalité durant la crise sanitaire. Cependant l'incertitude concernant le délai d'acheminement du courrier pourra faire préférer le recours à la conférence téléphonique ou audiovisuelle (cf. ci-après).

b. Généralisation et assouplissement de la possibilité de recours à la conférence téléphonique ou audiovisuelle

L'article 5 de l'Ordonnance précise les modalités de recours à la conférence téléphonique ou audiovisuelle. Ainsi, toutes les formes de sociétés et entités de droit privé, sans limitation, pourront y recourir :

- sans qu'une clause statutaire ne soit nécessaire ou ne puisse s'y opposer ;
- quel que soit l'objet de la décision sur laquelle l'assemblée est appelée à statuer ;
- pour autant que les moyens techniques transmettent au moins la voix des participants et permettent la retransmission continue et simultanée des débats.

L'Ordonnance permet ainsi un recours généralisé à la conférence téléphonique ou audiovisuelle qui sera probablement largement utilisé durant la période de crise sanitaire.

L'exigence relative aux caractéristiques des moyens techniques ne devrait pas poser de difficulté. Néanmoins, pour les sociétés et entités ayant un nombre important d'actionnaires ou de membres, la nécessité de garantir leur identification fiable pourra constituer un obstacle à l'utilisation de la conférence téléphonique ou audiovisuelle, sauf à mettre en place un système sécurisé par identifiant et mot de passe.

3.2 Assouplissement du recours à la consultation écrite

L'article 6 de l'Ordonnance assouplit quant à lui les conditions de recours à la consultation écrite des membres de l'assemblée. Il prévoit ainsi que la consultation écrite sera possible sans qu'une disposition statutaire ne soit nécessaire ni ne puisse y faire obstacle et quelles que soient les questions figurant à l'ordre du jour.

Cependant, à la différence de ce que prévoit l'Ordonnance pour la conférence téléphonique ou audiovisuelle, la consultation écrite ne sera possible que si les dispositions de droit commun applicables à la société ou l'entité concernée prévoient cette possibilité. Ainsi, les SARL et SNC ont la possibilité de procéder à une consultation écrite (ainsi que les SAS si leurs statuts le prévoient). En revanche les SA n'ont pas cette faculté et ne pourront donc pas y recourir durant la période de crise sanitaire.

4. Organisation des délibérations des organes collégiaux d'administration, de direction et de surveillance par conférence téléphonique ou audiovisuelle ou recours à la consultation écrite

L'Ordonnance prévoit enfin la possibilité, pour toutes les sociétés, d'organiser les délibérations de leurs organes collégiaux d'administration (conseils d'administration), de direction (directoire et autres) ou de surveillance par voie de conférence téléphonique ou audiovisuelle.

Il sera en effet possible d'y avoir recours sans qu'une disposition des statuts ou d'un règlement intérieur ne soit nécessaire ni ne puisse s'y opposer et ce pour toutes les décisions, y compris l'arrêté des comptes.

Comme pour les assemblées, les moyens techniques utilisés devront transmettre au moins la voix des participants et permettre la retransmission continue et simultanée des débats.

Il est également possible, dans toutes les sociétés et quelles que soient les décisions concernées, de procéder par voie de consultation écrite. Notons à cet égard que, pour les SA il s'agit d'une extension de la possibilité de recours à la consultation écrite, celle-ci n'étant permise, pour les conseils, que pour certaines décisions limitativement énumérées par le Code de Commerce.

Rédactrice de cette newsletter



Marie-Christine COMBES

Avocat Associé

Tel : + 33 (0) 4 20 10 08 92

Email : marie-christine.combes@adamas-lawfirm.com