

(Source : éditions législatives – droit du sport, 29 décembre 2020)

**Sociétés et groupements : les assemblées restent soumises au régime temporaire Covid.
Les modalités de réunion adaptées à la crise sanitaire s'appliqueront au moins jusqu'au 1er avril 2021.**

Les dispositions dérogatoires de réunion et de délibération des assemblées et des organes collégiaux sont reconduites par une ordonnance du 2 décembre 2020, complétée par un décret du 18 décembre, afin de tenir compte de la prorogation de l'état d'urgence sanitaire (L. n° 2020-1379, 14 nov. 2020, art. 10). Le régime dérogatoire mis en place au bénéfice des sociétés et groupements à la mi-mars lors du premier confinement (Ord. n° 2020-321, 25 mars 2020 ; D. n° 2020-418, 10 avr. 2020 ; D. n° 2020-629, 25 mai 2020) est prolongé, avec quelques aménagements, jusqu'au 1er avril 2021. L'ordonnance et le décret laissent en outre la porte ouverte à une prorogation, partielle ou complète, jusqu'au 31 juillet 2021.

Le régime est exceptionnellement entré en application le jour même de la publication de l'ordonnance au Journal Officiel, soit le 3 décembre, et non le lendemain. Il était impératif de hâter l'entrée en vigueur car le dispositif dérogatoire antérieur n'est plus applicable depuis le 30 novembre (Ord. n° 2020-321, 25 mars 2020, art. 11). Il demeure néanmoins un vide juridique de 3 jours entre les deux régimes. En outre, le décret nécessaire à la pleine application de certaines des mesures n'est entré en vigueur que le 19 décembre.

Un champ d'application inchangé

Tout comme le premier régime dérogatoire, celui-ci vise l'ensemble des personnes morales et des entités dépourvues de personnalité de droit privé (Ord. n° 2020-321, art. 1er). On y trouve notamment :

- les sociétés civiles et commerciales, y compris les sociétés en participation. A ce titre, ce sont principalement les SA et les SCA qui sont concernées car elles doivent obligatoirement passer par une assemblée générale pour l'adoption des décisions collectives, sauf exceptions limitatives. Les SARL et les SNC sont également intéressées puisque certaines décisions, dont l'approbation des comptes, sont impérativement prises en assemblée générale. Quant aux SAS et aux sociétés civiles (ainsi qu'aux GIE ci-dessous cités), des alternatives aux réunions sont déjà offertes telle la consultation écrite et ces entités les ont le plus souvent déjà intégrées dans leurs statuts (y compris pour l'approbation des comptes) ;
- les groupements d'intérêt économique et les groupements européens d'intérêt économique ;
- les coopératives ;
- les associations.

Remarque : sont également inclus dans ce dispositif les masses de porteurs de valeurs mobilières ou de titres financiers, les groupements liés à la mutualité (mutuelles, unions de mutuelles et fédérations de mutuelles, sociétés d'assurance mutuelle et sociétés de groupe d'assurance mutuelle), les instituts de prévoyance et sociétés de groupe assurantiel de protection sociale, les caisses de crédit municipal et caisses de crédit agricole mutuel, les fonds de dotation et les fondations.

Par ailleurs le dispositif vise, au sein de ces entités, l'ensemble des assemblées : assemblées générales des actionnaires, associés (qu'il s'agisse d'une AG ordinaire ou extraordinaire, et de l'AG annuelle ou non), membres, sociétaires ou délégués, assemblées spéciales, assemblées des masses, etc. Côté exécutif, tous les organes collégiaux d'administration, de surveillance ou de direction sont concernés.

L'information préalable encore dématérialisée

Les modalités de réponse aux demandes d'information ou de communication de documents préalables à la tenue des assemblées effectuées par leurs membres ont été aménagées par l'article 3 de la première ordonnance (Ord. n° 2020-321, art. 3). Elles sont inchangées.

Si le membre intéressé a précisé son adresse électronique dans sa demande, il pourra lui être répondu sous forme de message électronique. A défaut de cette indication, la réponse doit être communiquée selon les modalités habituelles.

La convocation postale mieux gérée

Les sociétés cotées ont bénéficié, jusqu'au 30 novembre, d'une tolérance lorsqu'elles étaient tenues de procéder à la convocation d'une assemblée d'actionnaires par voie postale. Aucune nullité de l'assemblée n'était en effet encourue si une convocation n'avait pas pu être réalisée par voie postale en raison de circonstances extérieures à la société.

Cette mesure est désormais étendue à l'ensemble des sociétés et groupements pour toutes les assemblées pour lesquelles une convocation postale est requise (Ord. n° 2020-321, art. 2, mod. par Ord., art. 1er). D'autres groupements de droit privé que des sociétés cotées sont en effet confrontés aux problématiques liées à l'acheminement postal d'un nombre significatif de convocations.

Le huis clos encadré

Impossibilité réelle de se réunir ou de se déplacer

L'ordonnance de mars a offert une solution de repli aux sociétés qui ne pouvaient organiser des réunions en présentiel : l'assemblée pouvait être tenue sans les participants habituels. La présence physique ou virtuelle (visioconférence ou autres moyens de communication dématérialisés) à la séance n'était pas requise.

Cette faculté est reconduite sous réserve toutefois de satisfaire à un critère de mise en œuvre plus restrictif qu'auparavant (Ord., n° 2020-321, art. 4, mod. par Ord. art. 2). A la date de la convocation de l'assemblée ou à celle de sa réunion, il est exigé qu'une mesure administrative limite ou interdise les déplacements et/ou les rassemblements collectifs pour des motifs sanitaires. Mais cette mesure doit en outre faire « obstacle à la présence physique à l'assemblée de ses membres ». Dans la version précédente, il suffisait que la restriction administrative affecte le lieu prévu de réunion pour pouvoir organiser le huis clos.

Remarque : la notion de « date de convocation » doit être interprétée au sens large. Dans les sociétés cotées par exemple, elle peut désigner l'avis de réunion.

A l'impossibilité administrative de se réunir ou de se déplacer doit donc désormais s'ajouter une impossibilité réelle et concrète d'organiser la réunion. Il s'agit de tenir compte non seulement de l'évolution de la situation sanitaire, mais aussi des particularités de chaque société, par exemple de leurs capacités d'accueil dans le respect des règles sanitaires en fonction du nombre de membres habituellement présents à l'assemblée.

Délégation élargie de la décision de huis clos

Le huis clos n'est pas d'application automatique si ces critères sont réunis. L'organe compétent pour convoquer l'assemblée doit en prendre la décision. Or, le nouveau régime assouplit le mécanisme de délégation de cette décision. La délégation peut désormais bénéficier à toute personne, et non plus seulement au représentant légal du groupement. La procédure à mettre en œuvre est inchangée :

délégation écrite, mention de la durée, de l'identité et de la qualité du délégataire (D. n° 2020-418, 10 avr. 2020, art. 2).

La visioconférence toujours encouragée

L'article 5 de l'ordonnance de mars 2020, qui a mis en place les facilités de visioconférence, est reconduit sans modification.

Ainsi, en cas de réunion à huis clos, les participants peuvent être réputés présents s'ils participent par une conférence téléphonique ou audiovisuelle permettant leur identification. La décision appartient là encore à l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou à son délégataire. Il n'est pas nécessaire que les statuts le prévoient dès lors que l'ordonnance le permet à titre exceptionnel. Par un effet miroir, une clause contraire dans les statuts ne peut faire obstacle à la mise en œuvre de ce dispositif.

L'installation dématérialisée doit a minima permettre la retransmission continue et simultanée des délibérations et transmettre la voix des participants. Ce n'est que dans ces conditions, garantissant la qualité et l'intégrité du débat, que les membres présents par voie dématérialisée pourraient être pris en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Remarque : dans les sociétés commerciales, notamment les SA, la participation aux assemblées par visioconférence est déjà autorisée par la loi (C. com., art. L. 225-107 et L. 228-61). L'installation technique doit donc répondre aux critères habituels fixés par le code de commerce (C. com., art. R. 225-97, R. 223-20-1 et R. 228-68).

La consultation écrite plus cohérente

Le recours à la consultation écrite a été encouragé dès la mise en place du régime dérogatoire en mars 2020. Ce mécanisme est conforté et amplifié par la nouvelle ordonnance. Les modalités de mise en œuvre de la consultation écrite sont désormais rassemblées dans un article unique (Ord. n° 2020-321, art. 6, mod. par Ord. art. 4).

Remarque : dans sa version applicable jusqu'au 30 novembre, l'ordonnance de mars 2020 comportait deux articles, le premier consacré de manière générale aux sociétés et groupements (art. 6) et le deuxième aux SCEA qui avaient été oubliées (art. 6-1). Ces dernières sont désormais incluses dans le régime général.

L'article 6 autorise l'organe responsable de la société ou son délégataire à imposer la consultation écrite pour les décisions relevant de la compétence des assemblées, et ce quel que soit l'objet de la décision à prendre. Cette faculté peut être mise en œuvre même si les statuts ou le contrat d'émission l'interdisent et, à l'inverse, si l'insertion d'une clause statutaire en ce sens est en principe requise.

L'ensemble des groupements de droit privé pour lesquels le recours à la consultation écrite n'est pas déjà prévu par la loi peuvent bénéficier de cet assouplissement, à l'exception des sociétés cotées.

Quant aux formalités à respecter, les sociétés et groupements qui ont déjà prévu la possibilité d'une consultation écrite dans leurs statuts ou leur contrat d'émission doivent en priorité se reporter à ceux-ci et aux dispositions législatives ou réglementaires habituelles.

A défaut, le décret indique la marche à suivre (D. n° 2020-418, art. 3, al. 2, et art. 4-1, créés par D. art. 2 et 4). Il donne désormais expressément la possibilité à l'organe compétent pour convoquer l'assemblée d'imposer aux membres d'adresser leur réponse par message électronique.

Par ailleurs, les membres de l'assemblée doivent se voir adresser, par écrit, le texte des décisions proposées, un bulletin de réponse et les documents nécessaires à leur information. Le courrier indique en outre le délai dans lequel les membres doivent faire part de leur réponse. Ce délai, fixé par l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégataire, ne peut être inférieur à quinze jours à compter de l'envoi des documents.

Remarque : la même formalité s'applique aux autres personnes ayant le droit d'assister à l'assemblée. Les règles de quorum et de majorité sont celles applicables aux décisions prises en assemblée. Le quorum est 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.

Les décisions prises par voie de consultation écrite sont constatées dans un procès-verbal établi par l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou son délégataire. Il comporte les mentions obligatoires suivantes :

- date des décisions ;
- texte des décisions proposées ;
- documents adressés aux membres de l'assemblée ;
- date à laquelle ces documents ont été adressés aux membres de l'assemblée et délai qui leur a été imparti pour répondre ;
- identité des membres de l'assemblée ayant adressé une réponse reçue au plus tard à la date d'échéance de ce délai et nombre de voix détenues par chacun d'eux ;
- résultat de la consultation écrite pour chaque décision proposée.

Le vote par correspondance amplifié

Le vote par correspondance est désormais régi par l'article 6-1 de l'ordonnance de mars (Ord. n° 2020-321, art. 6-1, mod. par Ord. art. 5).

Peuvent désormais le mettre en œuvre l'ensemble des sociétés et groupements, y compris ceux pour lesquels ce mode de vote n'est pas prévu par la loi. En outre, pour ceux déjà encadrés par la loi et les règlements, une clause statutaire interdisant le recours au vote par correspondance ou, au contraire, subordonnant ce type de vote à l'existence d'une clause en ce sens, ne peut y faire obstacle.

Remarque : le rapport au Président de la République indique que cette mesure concerne l'ensemble des décisions relevant de la compétence des assemblées des groupements, y compris, le cas échéant, celles relatives aux comptes.

La décision de permettre le vote par correspondance incombe à l'organe compétent pour convoquer l'assemblée ou, le cas échéant, à son délégataire, à moins que le vote par correspondance soit de droit pour les membres de l'assemblée.

La procédure à suivre est quasi identique à celle prévues pour la consultation écrite. Il convient de respecter les dispositions qui figurent dans la loi, le règlement et/ou les statuts. A défaut, le décret indique les formalités à mettre en œuvre (D. n° 2020-418, art. 3, al. 1er, et art. 4-2, mod. par D. art. 2 et 4).

Les membres de l'assemblée doivent recevoir, au préalable et par écrit, le texte des décisions proposées, un bulletin de vote et les documents nécessaires à leur information. Ces documents précisent la date limite de réception des bulletins de vote, qui ne peut être postérieure au troisième jour ouvré avant la réunion de l'assemblée. Cette date fait foi pour le calcul du quorum. L'information des membres de l'assemblée est réalisée au plus tard en même temps que la convocation de l'assemblée.

Une information allégée des participants sur les dérogations mises en œuvre

Le nouveau régime, tout comme celui applicable jusqu'au 30 novembre, pose des garde-fous à la mise en œuvre de ces modalités dérogatoires de réunion et de vote. Il impose une information complète et éclairée des participants à l'assemblée sur les décisions prises tout en simplifiant les obligations procédurales (Ord. n° 2020-321, art. 7, créé par Ord. art. 6).

Le champ d'application est clarifié : l'information doit parvenir à toutes les personnes susceptibles d'assister à l'assemblée (y compris par exemple les commissaires aux comptes ou les membres de CSE), et non plus simplement aux membres potentiels de l'assemblée.

Modalités de l'information simplifiée

Cette information doit être transmise quel que soit le dispositif dérogatoire mis en œuvre (huis clos, conférence vidéo ou audio, consultation écrite ou vote par correspondance). Si les convocations ont déjà été envoyées, elle doit parvenir à ses destinataires au moins trois jours ouvrés avant la date de l'assemblée. Dans cette hypothèse, 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.

La nouvelle ordonnance prévoit le cas particulier d'une assemblée convoquée à huis clos et qui doit finalement être tenue en présentiel. Puisque les formalités de convocation ont déjà été accomplies, elle autorise la mise en œuvre des modalités d'information allégées ci-dessus commentées et lève ainsi le risque d'une irrégularité de la convocation.

Contenu de l'information

Les participants doivent être informés de la date et 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.

Le rapport lié à l'ordonnance précise la notion de « droits attachés » à la qualité de membre en cas de huis clos. Le droit d'assister aux séances et les droits qui en découlent (droit de poser des questions orales, droit de modifier les projets de résolutions en séance dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions) sont bien entendus temporairement suspendus. Le huis clos n'affecte en revanche pas les autres droits des membres, par exemple le droit de voter, de poser des questions écrites ou de proposer l'inscription de points ou de projets à l'ordre du jour dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions. Concernant le droit de vote d'ailleurs, des modalités dérogatoires de vote existent souvent dans les statuts (pouvoir, vote à distance) et s'ajoutent à celles mises en place par l'ordonnance (v. ci-dessus).

Anne Debailleul, Dictionnaire permanent Entreprise agricole

Ord. n° 2020-1497, 2 déc. 2020 : JO, 3 déc.

Rapport au Président de la République, Ord. n° 2020-1497, 2 déc. 2020 : JO, 3 déc.

D. n° 2020-1614, 18 déc. 2020 : JO, 19 déc.