

6 Pérenniser la collégialité distanciée ?



Marie SUPLOT,
avocate à la Cour, Associée, GFD Avocats

Dans le contexte exceptionnel de la pandémie de Covid-19, alors que les sociétés réunissaient leurs organes sociaux pour arrêter les comptes et convoquer leur assemblée annuelle, le Gouvernement a décidé en mars dernier un confinement généralisé.

Pour permettre d'assurer la continuité et la sécurité juridique du fonctionnement des organes sociaux, le Gouvernement a pris, par ordonnance¹, différentes mesures d'adaptation des règles de réunion et de délibération de ces organes², pendant une période qui devait s'achever le 30 juillet et qui a été prorogée jusqu'au 30 novembre 2020³.

Le droit commun des sociétés prévoit déjà certaines de ces mesures, telles que le recours à la téléconférence ou à la consultation écrite. Mais il n'en autorise qu'une application limitée selon la forme sociale ou la nature des décisions. L'une de ces mesures est en revanche totalement inédite : il s'agit de la possibilité de tenir une assemblée « à huis clos »⁴, c'est-à-dire sans la participation physique, ni même à distance, d'aucun membre. Dans les sociétés cotées, les aménagements proposés par l'ordonnance susvisée ont donné lieu, pour la tenue des organes dirigeants, comme pour l'organisation des assemblées générales, à de nouvelles pratiques. De nombreuses sociétés cotées ont tenu leur assemblée à huis clos. Pour certaines d'entre elles, la technologie a permis aux actionnaires de suivre la diffusion vidéo des

« La libéralisation de certaines des mesures prises à titre temporaire au printemps dernier serait bienvenue afin de pérenniser en toutes circonstances une collégialité distanciée sécurisée. »

réunions en direct et de poser des questions en séance.

Dans moins d'un mois, alors même que la crise sanitaire se poursuit et qu'un nouveau confinement vient d'être décrété⁵, sauf à ce que le législateur décide d'introduire certaines de ces mesures dans le droit positif, les règles de droit commun relatives au fonctionnement des organes sociaux des sociétés devraient s'appliquer à nouveau.

Ces règles ne permettant pas de reproduire dans les statuts le dispositif exceptionnel applicable jusqu'au 30 novembre, il est important que les sociétés identifient les moyens dont elles peuvent se doter pour que leurs organes sociaux disposent de l'agilité requise afin de prendre des décisions collégiales à distance (1), avec toutes les garanties de sécurité juridique (2).

1. La collégialité distanciée

Ainsi que cela a été démontré, la collégialité est l'expression de l'existence d'un groupement, d'une organisation collective pour la réalisation d'un projet commun. Elle réunit des intérêts divergents et permet de les confronter pour dépasser les volontés individuelles⁶. La réunion de plusieurs personnes suppose une mise en présence. Les moyens modernes de télécommunication, suivant en cela le droit de la preuve et le droit des contrats, permettent que les réunions s'organisent de façon dématérialisée.

En droit des sociétés, la participation par des moyens de télécommunication ou par voie de consultation écrite est autorisée et peut être aménagée, à certaines conditions, tant pour les organes de gestion (A) que pour les assemblées (B).

A. – Dans les organes de gestion

Sauf lorsque la gestion peut être assurée par une personne seule (gérant dans les SARL ou dans les sociétés en nom collectif, président dans les SAS), les membres des organes de gestion des sociétés commerciales prennent leurs décisions collégialement, le plus souvent lors de réunions physiques, avec la faculté de donner mandat, mais également selon les autres procédés prévus par le Code de commerce. Ainsi, sauf si les statuts s'y opposent, le directoire des sociétés anonymes peut prendre toutes décisions par des moyens de télécommunication. Le conseil d'administration des sociétés anonymes peut également prendre des décisions par des moyens de télécommunication, à condition que le règlement intérieur de cet organe le prévoie, et sauf pour arrêter les comptes et établir le rapport de gestion. → Suite page 2

1. Ord. n° 2020-321, 25 mars 2020, portant adaptation des règles de réunion et 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 : JO 26 mars 2020, texte n° 47.
2. L'ordonnance n° 2020-321 a été complétée par le décret n° 2020-418 du 10 avril 2020, portant adaptation des règles de réunion et 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 (JO 11 avr. 2020, texte n° 6. – V. JCl. Société Formulaire, fasc. C-17, Adaptation des procès-verbaux des assemblées générales de sociétés anonymes aux mesures de confinement (cadre du Covid-19)).
3. D. n° 2020-925, 29 juill. 2020, prorogeant la durée d'application de l'ordonnance n° 2020-321 du 25 mars 2020, du décret n° 2020-418 du 10 avril 2020 et du décret n° 2020-629 du 25 mai 2020 : JO 30 juill. 2020, texte n° 14.
4. V. Actes prat. ing. sociétaire 2020, n° 171, idée nouvelle 3, E. Kaepelin et M. Fournier de Saint Jean.

5. D. n° 2020-1310, 29 oct. 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire : JO 30 oct. 2020, texte n° 23.
6. V. J. Delvallée, La collégialité en droit des sociétés, préf. P. Le Cannu : Dalloz, 2019, nouvelle bibl. des thèses, vol. 181.

Les moyens utilisés doivent permettre d'identifier les participants, de garantir leur participation effective, de transmettre au moins leur voix et de satisfaire à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations (*C. com.*, art. L. 225-37, al. 3). Ce même dispositif peut être mis en place pour les réunions du conseil de surveillance des sociétés anonymes, sauf lorsqu'il s'agit de vérifier les comptes (*C. com.*, art. L. 225-82, al. 3).

Les statuts des sociétés anonymes peuvent également prévoir que certaines décisions relevant des attributions propres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance (coopération d'un membre, autorisation des cautions, avals et garanties, mise en conformité des statuts avec les dispositions législatives et réglementaires, convocation des assemblées et transfert du siège social dans le même département) seront prises par consultation écrite (*C. com.*, art. L. 225-37, al. 3 et L. 225-82, al. 3).

B. – Dans les assemblées

En la matière, le droit commun distingue les sociétés selon qu'elles sont cotées ou non.

Dans les SARL, la représentation par mandataire est admise mais le choix du mandataire est encadré, sauf lorsque les statuts donnent toute liberté à ce sujet (*C. com.*, art. L. 223-28). Le vote par correspondance n'est pas autorisé. Le vote par visioconférence ou par des moyens de télécommunication peut être organisé lorsque les statuts le prévoient mais il est soumis à différentes contraintes. Tout d'abord, il n'est pas autorisé pour l'approbation des comptes. Ensuite, les associés ne peuvent participer aux débats et exercer leur droit de vote qu'après s'être identifiés au moyen d'un code fourni préalablement. Enfin, la société doit aménager un site exclusivement consacré au vote (*C. com.*, art. L. 223-27, al. 3 et R. 223-20-1).

Lorsque les statuts le prévoient, la consultation par écrit des associés comme la prise de décisions par acte signé de tous est également envisageable, sauf pour l'approbation des comptes (*C. com.*, art. L. 223-27, al. 1).

Dans les sociétés anonymes, la représentation par mandataire est admise mais le choix du mandataire est limité, sauf dans les sociétés cotées (*C. com.*, art. L. 225-106). Le vote à distance est toujours autorisé par voie postale et, à certaines conditions, par voie électronique (*C. com.*, art. R. 225-75 et s. et R. 225-61). Lorsque les statuts le prévoient, la participation des actionnaires aux assemblées par visioconférence ou par un moyen de télécommunication est autorisée. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées sur un marché réglementé, les assemblées peuvent même être tenues exclusivement par télétransmission, sauf opposition des actionnaires représentant au moins 5 % du capital pour les assemblées extraordinaires (*C. com.*, art. L. 225-103-1).

Enfin, lorsque les statuts permettent aux actionnaires de voter en séance par voie électronique, un site dédié à cette fin doit être aménagé, les actionnaires ne pouvant y accéder qu'après s'être identifiés au moyen d'un code fourni préalablement (*C. com.*, art. R. 225-61 et R. 225-98).

Dans les sociétés par actions simplifiées, les statuts organisent librement les modalités des décisions collectives des associés. Il importe de veiller à ce qu'ils autorisent plusieurs modalités de prises de décisions, en plus des réunions physiques, et en fixent précisément les modalités, en respectant la collégialité.

2. La sécurité juridique renforcée

Suivant la loi, la plupart des dispositifs permettant d'organiser les réunions sans présence physique requièrent des aménagements statutaires. Si les statuts n'ont rien prévu en ce sens, des modifications doivent être envisagées sans tarder pour continuer à bénéficier des avantages – ne seraient-ils que sanitaires – de la distanciation.

Hors la présence physique des participants, les réunions supposent que les garanties propres au droit des sociétés soient respectées. À cet égard, la réglementation en vigueur peut sembler lacunaire. Dans la société anonyme à conseil d'administration, en présence d'une direction dissociée, les rapports entre le directeur général et le président pourront être utilement précisés quant à leur fréquence, à la nature des informations échangées, au caractère portable ou quérable desdites informations.

Pour ce qui est de l'organisation des travaux de la collégialité dirigeante, si dans le conseil d'administration ou le conseil de surveillance la loi en confie la charge au président, dans toutes les autres collégialités il est nécessaire que les statuts ou un règlement intérieur en définissent les modalités.

Le droit de communication préalable, les délais d'envoi, les conditions selon lesquelles des questions peuvent être posées ne sont prévus par le Code de commerce que pour la tenue des assemblées d'actionnaires des sociétés anonymes et des SARL. Les statuts pourront, dans certains cas, utilement compléter ces règles. Pour la réunion des autres organes, ce sont les statuts (ou un règlement intérieur) qui fixeront les conditions.

Il est donc indispensable, pour assurer la sécurité juridique des prises de décisions à distance, que les statuts envisagent ce que la loi a passé sous silence, et, pour ce qui concerne les organes de gestion, de compléter les statuts par un règlement intérieur. Entre autres, le recours à la signature électronique des registre et feuille de présence pourra être prévu. La signature électronique peut désormais être aussi probante qu'une signature manuscrite, dès lors que la solution informatique utilisée respecte la réglementation, notamment en faisant intervenir un tiers de confiance certifié.

L'organisation des consultations écrites comme l'établissement du procès-verbal des décisions en résultant doivent également être formalisés. On veillera à assurer la collégialité de ce mode de délibération, en s'inspirant, notamment, de ce que le législateur a d'ores et déjà prévu pour les SARL (modalités de communication des résolutions proposées et des documents nécessaires à l'information des associés, délai et mode de réponse, contenu du procès-verbal) (*C. com.*, art. R. 223-22 et R. 223-24). Plus généralement, le recours à la voie électronique sera prévu.

L'évolution récente, à marche forcée, de la pratique des réunions des organes sociaux, en particulier des assemblées d'actionnaires dans les sociétés cotées, est tout à la fois le révélateur de l'existence des différents moyens à disposition des entreprises pour les prises de décisions à distance, mais également des limites résultant du droit en vigueur. La libéralisation, sur le plan juridique, de certaines des mesures prises à titre temporaire au printemps dernier serait bienvenue afin de pérenniser en toutes circonstances une collégialité distanciée sécurisée.