

La dématérialisation de la vie sociale pendant et après la crise du Covid-19

Quelles sont les possibilités juridiques de virtualisation des réunions des organes sociaux et de leurs procès-verbaux ?

Jérôme Pétrignet

Avocat associé

Les objectifs de cette formation:

- Présentation des textes récents, voire très récents, permettant de moderniser la tenue des réunions des organes sociaux et de leurs procès verbaux (pendant et après l'actuelle crise sanitaire).
- Voir comment les mettre en place.
- Rappel de quelques difficultés pouvant survenir.

L'enjeu est de moderniser la vie sociale tout en s'assurant de la validité des décisions ainsi prises.

PLAN

- 1) Les possibilités de droit commun
 - en fonction de la nature des organes sociaux,
 - En fonction de la forme sociale.
- 2) Les mesures exceptionnelles prises dans le cadre de la crise sanitaire.
- 3) la dématérialisation des procès verbaux.

I – MESURES DE DROIT COMMUN

1. Les possibilités de favoriser la participation à distance ou la dématérialisation intégrale des réunions des organes de direction ou de contrôle

A/ Dans les SA

Il s'agit de la forme sociale la plus régulée.

Il existe de nombreux textes en fonction de la nature de l'organe social.

Conseil d'administration et Conseil de surveillance (C. Com. L. 225-37, al. 3; L. 225-82, al. 3) :

Les membres de ces organes peuvent, **si le règlement intérieur de l'organe concerné le prévoit**, participer aux délibérations de l'organe correspondant (débat et votes) par des moyens de visioconférence ou de télécommunication permettant leur identification et garantissant leur participation effective.

Les moyens techniques utilisés doivent transmettre au moins la voix des participants et satisfaire à des caractéristiques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations (C. Com. R 225-21).

Cela ne s'applique pas lorsque la réunion a pour objet la vérification et le contrôle des comptes annuels et consolidés.

I – MESURES DE DROIT COMMUN

1. Les possibilités de favoriser la participation à distance ou la dématérialisation intégrale des réunions des organes de direction ou de contrôle

A/ Dans les SA

Directoire (L. 225-64 du Code de commerce).

Les statuts fixent les conditions de prise des décisions du Directoire.

Certains statuts peuvent imposer une réunion physique notamment pour la réunion d'arrêté des comptes annuels.

I – MESURES DE DROIT COMMUN

1. Les possibilités de favoriser la participation à distance ou la dématérialisation intégrale des réunions des organes de direction ou de contrôle

A/ Dans les SA

Les comités (ex: comité d'audit, comité des rémunérations...):

Les règles de fonctionnement des Comités sont librement fixées par le CA ou le COS.

Il est donc possible de prévoir la tenue des réunions de ce comité par voie de visioconférence ou d'autres moyens de télécommunication.

Ces règles sont généralement établies dans un règlement intérieur.

I – MESURES DE DROIT COMMUN

1. Les possibilités de favoriser la participation à distance ou la dématérialisation intégrale des réunions des organes de direction ou de contrôle

C/ Dans les SAS (C. Com. L. 227-5).

La SAS est la forme sociale offrant la plus grande liberté statutaire.

Elle permet d'organiser la direction de la société selon les besoins spécifiques des associés.

Si la SAS est dotée d'un organe de direction collégial les statuts déterminent le fonctionnement de cet organe de direction. Ils peuvent naturellement prévoir que les réunions de cet organe de direction seront:

- prises par écrit (le cas échéant signé électroniquement)
- ou par le biais de moyens de télécommunication.

I – MESURES DE DROIT COMMUN

1. Les possibilités de favoriser la participation à distance ou la dématérialisation intégrale des réunions des organes de direction ou de contrôle

D/ Dans les SARL (C. Com. L. 223-18)

Lorsqu'une SARL est dotée de plusieurs gérants, chacun d'entre eux détient séparément le pouvoir de gérer la société. Il n'y a donc pas lieu de réunir un organe collégial pour prendre les décisions intéressant la direction de la société.

Si les statuts prévoient que les gérants doivent agir conjointement ceux-ci organisent les modalités de réunion du collège de gérance.

On peut alors prévoir le recours à des modes de décision dématérialisés car la loi est muette à ce sujet.

I – MESURES DE DROIT COMMUN

1. Les possibilités de favoriser la participation à distance ou la dématérialisation intégrale des réunions des organes de direction ou de contrôle : quelques points de vigilance

- Adoption préalable d'un règlement intérieur opposable aux associés, particulièrement dans les SA.

Aucun texte ne prévoit le mode d'adoption du RI. En principe:

- Si le RI modifie les statuts ou contient une disposition incompatible avec eux la compétence revient à l'AGE (Cass. com. 1-3-2011 n° 10-13.795).
 - Les statuts peuvent aussi contenir une clause prévoyant son mode d'adoption. Dans ce cas il faut la respecter.
- La prise de décision dématérialisée ne s'applique pas aux décisions portant sur l'arrêté des comptes dans les SA, (voire dans les SARL et SAS si les statuts l'interdisent).

I – MESURES DE DROIT COMMUN

1. Les possibilités de favoriser la participation à distance ou la dématérialisation intégrale des réunions des organes de direction ou de contrôle : les points de vigilance

- Participation du CAC (L. 823-17 du Code de commerce):

il doit être convoqué à toutes les réunions du CA, du Directoire, du COS ou de l'organe collégial d'administration ou de surveillance qui examinent ou arrêtent des comptes annuels ou intermédiaires, ainsi qu'à toutes les assemblées.

Le CAC doit donc être convoqué et il peut participer comme les autres personnes convoquées.

- Participation du CSE :

Lorsque des membres peuvent assister aux réunions ils sont alors convoqués et réunis dans les mêmes conditions que les associés ou mandataires sociaux.

I – MESURES DE DROIT COMMUN

1. Les possibilités de favoriser la participation à distance ou la dématérialisation intégrale des réunions des organes de direction ou de contrôle : quelques points de vigilance

- Problèmes pouvant résulter de l'organisation de ces réunions dématérialisées:

- présence possible d'un tiers,
- confidentialité,
- signature de la feuille de présence,
- interruption de la connexion

....

Dans les SA, le PV du CA, du COS ou de l'AG doit rappeler les difficultés techniques rencontrées (R. 225-23, R. 225-50, et R. 225-99 pour l'AG).

Il n'y a pas de disposition similaire pour le Directoire.

I – MESURES DE DROIT COMMUN

2. Les possibilités de favoriser la participation à distance ou la dématérialisation intégrale des réunions des assemblées générales

A/ Rappel des règles : la boîte à outils juridiques existante

De manière générale, les actionnaires ou les associés peuvent prendre leurs décisions:

- par consultation écrite,
- ou par voie d'acte sous seing privé.
- en assemblée générale,

Dans ce cas, plusieurs mécanismes peuvent être utilisés pour permettre à un associé non physiquement présent de participer au vote:

- vote par correspondance (appelé désormais le vote à distance),
- pouvoir de représentation,
- prise en compte de la participation par des moyens de télécommunication.

Voici un rappel des possibilités offertes aux associés des formes sociales les plus courantes.

I – MESURES DE DROIT COMMUN

2. Les possibilités de favoriser la participation à distance ou la dématérialisation intégrale des réunions des assemblées générales

B/ Dans les SA

Rappelons d'abord que dans les SA, La consultation écrite ou la signature d'un acte sous seing privé n'est pas permise.

Pour permettre aux actionnaires non physiquement présents de participer au vote des décisions, les techniques suivantes sont envisageables:

- Le vote par correspondance (C. Com. L. 225-107, I; R. 225-61 par renvoi de R. 225-75) :
 - le bulletin est reçu avant l'assemblée.
 - Les statuts ne peuvent s'y opposer.
 - Le vote par correspondance électronique est en revanche subordonné à une autorisation statutaire

I – MESURES DE DROIT COMMUN

2. Les possibilités de favoriser la participation à distance ou la dématérialisation intégrale des réunions des assemblées générales

B/ Dans les SA

- La participation aux débats et au vote à distance couplés à une réunion physique de l'assemblée (C. Com. L. 225-107, II):
 - L' AG se tient physiquement avec la possibilité pour les actionnaires de participer aux débats en direct et à distance.
 - Ils sont réputés présents à l'assemblée pour le calcul du quorum et de la majorité.
 - Il faut une autorisation préalable statutaire.
 - Cette faculté vaut pour tous types d'assemblées (sauf interdiction légales: par exemple des porteurs de CI), mais il est possible de la limiter à certains types d'assemblées ou de décisions.

I – MESURES DE DROIT COMMUN

2. Les possibilités de favoriser la participation à distance ou la dématérialisation intégrale des réunions des assemblées générales

B/ Dans les SA

- La participation aux débats et au vote à distance pour tous les actionnaires (C. Com. L. 225-103-1) :

- Il s'agit de permettre la tenue des AGO ou AGE exclusivement par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant l'identification des actionnaires.
- Ceci n'est possible que dans les SA dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé,
- les statuts doivent le prévoir,
- Les actionnaires possédant (seuls ou à plusieurs) au moins 5 % du capital social peuvent s'opposer à la tenue de ces assemblées dématérialisées uniquement pour les AGE.

I – MESURES DE DROIT COMMUN

2. Les possibilités de favoriser la participation à distance ou la dématérialisation intégrale des réunions des assemblées générales

B/ Dans les SA

- Modalités techniques de la participation aux débats et au vote à distance (C. Com. R 225-61, C. Com. R 225-98):

Ces sociétés doivent :

- aménager un site internet exclusivement consacré à ces fins,
- les actionnaires ne pourront y accéder qu'après s'être identifiés au moyen d'un code fourni préalablement à la séance.

- Difficultés techniques

- Multiconnexions pouvant être délicates à gérer
- Identification des participants
- Confidentialité.

Pour toutes ces raisons l'ANSA ne recommandait pas (avant le Covid 19) le recours à ces possibilités pour les réunions rassemblant beaucoup d'actionnaires.

I – MESURES DE DROIT COMMUN

2. Les possibilités de favoriser la participation à distance ou la dématérialisation intégrale des réunions des assemblées générales

C/ Dans les SAS

Les statuts déterminent librement les conditions dans lesquelles sont prises les décisions des associés (C. Com. L. 227-9).

Il est donc possible de recourir à toutes les formes de consultation possibles :

- consultation par correspondance,
- par vidéoconférence, conférence téléphonique,
- établissement d'un acte sous signature privée ou notarié signé par tous les associés, etc.

I – MESURES DE DROIT COMMUN

2. Les possibilités de favoriser la participation à distance ou la dématérialisation intégrale des réunions des assemblées générales

C/ Dans les SARL (art. L. 223-27)

- si les statuts le prévoient il est possible de donner la possibilité aux associés de:

- participer/voter à distance. Les conditions sont identiques à celles applicables dans les SA (aménagement d'un site internet, etc.).
- Consulter par acte sous seing privé ou notarié signé par tous les associés,
- consultation par correspondance,

- Mais certaines décisions collectives sont obligatoirement prises en assemblée générale :

- approbation annuelle des comptes,
- sur demande d'associés représentant un certain poids dans le capital,
- pour l'émission d'obligations,
- pour l'approbation d'une modification des statuts prévue par le projet de plan de sauvegarde ou de redressement de la société.

- Le vote par correspondance n'est pas autorisé.

II – MESURES EXCEPTIONNELLES PENDANT LA PERIODE D'URGENCE SANITAIRE

1. Rappel de la durée de la période d'urgence sanitaire et d'application des mesures exceptionnelles

L'article 4 de la loi n° 2020-290 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 a instauré l'état d'urgence sanitaire pour une période de deux mois à compter du 24 mars 2020.

Elle a habilité le gouvernement à prendre par ordonnances des mesures d'urgence intéressant diverses matières et notamment le droit des sociétés (loi n° 2020-290, art. 11).

II – MESURES EXCEPTIONNELLES PENDANT LA PERIODE D'URGENCE SANITAIRE

1. Rappel de la durée de la période d'urgence sanitaire et d'application des mesures exceptionnelles

ordonnance n° 2020-318 du 25 mars 2020 :

- prolonge les délais d'arrêté et d'approbation des comptes sociaux.

Ordonnance 2020-321.

- modifie les modalités de réunion des organes sociaux afin de limiter les déplacements pendant la période d'urgence sanitaire. C'est sur les dispositions de cette seconde ordonnance que se concentrera la présente formation.

décret n° 2020-418 du 10 avril 2020

Ce texte contient des mesures d'application de l'ordonnance 2020-321 qui modifie les modalités de réunion des organes sociaux.

FAQ du Ministère de l'économie et des Finances du 26 mars 2020

Communication de l'AMF du 27 mars 2020 concernant les sociétés cotées.

II – MESURES EXCEPTIONNELLES PENDANT LA PERIODE D'URGENCE SANITAIRE

3. Les mesures adoptées

L'ordonnance n° 2020-321 adapte les règles de réunion des assemblées et organes dirigeants des personnes morales et entités dépourvues de personnalité morale de droit privé.

Les dispositions exceptionnelles et temporaires de cette ordonnance dérogent expressément à toute disposition législative, réglementaire ou statutaire contraire.

Ces dispositions sont applicables quel que soit l'ordre du jour de l'assemblée, y compris pour l'approbation des comptes.

II – MESURES EXCEPTIONNELLES PENDANT LA PERIODE D'URGENCE SANITAIRE

3. Les mesures adoptées

A/ Champ d'application

Le texte est d'application très large puisqu'il vise les personnes morales et entités dépourvues de personnalité morale de droit privé.

Ce texte ne s'applique donc pas aux entités se rattachant au droit public ou aux entités régies par un droit étranger.

A titre purement illustratif l'ordonnance énumère les entités suivantes:

- Sociétés civiles et commerciales ;
- Masses de porteurs de valeurs mobilières ou de titres financiers ;
- Groupements d'intérêt économique et groupements européens d'intérêt économique ;
- Coopératives ;
- Mutuelles, unions de mutuelles et fédérations de mutuelles ;
- Sociétés d'assurance mutuelle et sociétés de groupe d'assurance mutuelle ;
- Instituts de prévoyance et sociétés de groupe assurantiel de protection sociale ;
- Caisses de crédit municipal et caisses de crédit agricole mutuel ;
- Fonds de dotation ;
- Associations et les fondations.

II – MESURES EXCEPTIONNELLES PENDANT LA PERIODE D'URGENCE SANITAIRE

3. Les mesures adoptées

A/ Champ d'application

Les dispositions de l'ordonnance n° 2020-321 s'appliquent aux assemblées et aux réunions des organes collégiaux d'administration, de surveillance et de direction tenues à compter du 12 mars 2020 et jusqu'au 31 juillet 2020.

Ceci est rappelé par l'article 13 du décret du 10 avril 2020.

Il faudrait la parution d'un nouveau décret pour étendre cette période qui ne pourra pas alors aller au-delà du 30 novembre 2020.

II – MESURES EXCEPTIONNELLES PENDANT LA PERIODE D'URGENCE SANITAIRE

3. Les mesures adoptées

B/ La tenue des Assemblées générales

i) Adaptation des règles de convocation des assemblées et d'information des associés.

Pour les sociétés cotées (sur tout type de marché): aucune nullité ne sera encourue si une convocation par voie postale aurait dû être réalisée et ne l'a pas été en raison de circonstances extérieures à la société (ordonnance n° 2020-321, art. 2).

Pour toutes les entités: en cas de demande de communication de documents, celle-ci peut être valablement effectuée par voie électronique sous réserve que le demandeur indique son adresse électronique à laquelle les documents peuvent lui être communiqués (ordonnance n° 2020-321, art. 3).

II – MESURES EXCEPTIONNELLES PENDANT LA PERIODE D'URGENCE SANITAIRE

3. Les mesures adoptées

B/ Assemblées générales

ii) Adaptation des règles de participation et de délibération aux assemblées générales.

Lorsqu'une assemblée est convoquée dans un lieu affecté par une mesure administrative limitant ou interdisant les rassemblements collectifs pour des motifs sanitaires, l'organe compétent pour la convoquer 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* ». (ordonnance n° 220-290, art. 4).

Il est donc possible d'interdire la participation physique mais aussi la participation par des moyens de télécommunication.

Cette condition est remplie en raison des règles de confinement ou des règles interdisant les rassemblements (FAQ du Trésor) .

Si, à la date de réunion, les règles de restrictions sanitaires sont levées, l'AG peut toujours se tenir à huis clos.

La décision de réunir à huis clos l'AG est prise par l'organe compétent. Celui-ci peut déléguer par écrit ce pouvoir (L'article 2 du décret).

II – MESURES EXCEPTIONNELLES PENDANT LA PERIODE D'URGENCE SANITAIRE

3. Les mesures adoptées

B/ Assemblées générales

ii) Adaptation des règles de participation et de délibération aux assemblées générales.

Organisation matérielle d'une AG à huis clos:

- l'Ag doit se dérouler en un lieu physique avec la présence d'une personne et lorsque cela est requis du bureau de l'assemblée,
- Les autres participants n'y assistent pas physiquement : associés, CAC et représentants des IRP.
- si l'AG ne peut être présidée par le Président de séance, le CA ou le COS choisit parmi ses membres une autre personne, ou en cas d'indisponibilité parmi les autres mandataires sociaux de la société (article 8 du décret).
- Cet organe choisi aussi 2 scrutateurs qu'il s'efforce de trouver parmi les actionnaires, ou à défaut en dehors des actionnaires.

II – MESURES EXCEPTIONNELLES PENDANT LA PERIODE D'URGENCE SANITAIRE

- Organisation matérielle d'une AG à huis clos:
 - Ces dispositions sont applicables quel que soit l'ordre du jour de l'assemblée.
 - Les associés votent par correspondance ou en remettant des pouvoirs.
 - Si le vote par des moyens de télécommunication est autorisé (même en présence d'une clause statutaire l'interdisant) leurs caractéristiques techniques sont celles habituellement retenues par les textes prévoyant la tenue d'assemblées « dématérialisées » : transmission a minima de la voix des participants et retransmission continue et simultanée des délibérations.

II – MESURES EXCEPTIONNELLES PENDANT LA PERIODE D'URGENCE SANITAIRE

3. Les mesures adoptées

B/ Assemblées générales

ii) Adaptation des règles de participation et de délibération aux assemblées générales.

Lorsque les formalités de convocation ont déjà été initiées avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance:

- les membres de l'assemblée en sont informés par tous moyens permettant leur information effective au moins trois jours ouvrés avant la date de l'assemblée (ordonnance n° 2020-321, art. 7).
- Dans les sociétés cotées, les actionnaires sont informés dès que possible par voie de communiqué. Il n'est alors pas nécessaire de renouveler les convocations.

II – MESURES EXCEPTIONNELLES PENDANT LA PERIODE D'URGENCE SANITAIRE

3. Les mesures adoptées

C/ Organes collégiaux d'administration, de surveillance et de direction

Les textes facilitent aussi les réunions dématérialisées pour les CA, COS, Directoire ou autres organes de ce type.

1) Utilisation de moyens de télécommunication

Sont réputés présents aux réunions, leurs membres qui y participent au moyen d'une conférence téléphonique ou audiovisuelle permettant leur identification et garantissant leur participation effective (ordonnance n° 2020-321, art. 8).

Les moyens utilisés répondent aux mêmes critères que ceux prévus pour les AG.

II – MESURES EXCEPTIONNELLES PENDANT LA PERIODE D'URGENCE SANITAIRE

3. Les mesures adoptées

C/ Organes collégiaux d'administration, de surveillance et de direction

2) Alternativement, par voie de consultation écrite (ordonnance n° 2020-321, art. 9)

A condition toutefois que soient assurées des conditions assurant la collégialité de la délibération.

La FAQ du Trésor précise, à titre d'exemple, qu'il faut ménager:

- des délais de réponse suffisants,
- la possibilité de formuler des observations ou des questions écrites avant de se prononcer.

L'utilisation de moyens de télécommunication et la consultation écrite sont applicables:

- quel que soit l'objet de la décision à l'ordre du jour y compris l'arrêté des comptes.
- même en l'absence d'une clause statutaire ou d'un règlement intérieur l'autorisant,
- et même en présence d'une clause l'interdisant.

III – LA DEMATERIALISATION DES PROCES-VERBAUX DES ORGANES SOCIAUX

Avant le décret n° 2019-1118 du 31 octobre 2019 il était nécessaire de conserver la plupart des procès-verbaux sur des supports papiers. Dorénavant, leur dématérialisation est permise pour les documents suivants :

- Sociétés en nom collectif (SNC) et sociétés en commandite simple : procès-verbaux et registre des assemblées / consultations écrites des associés (C. Com. R. 221-3, al. 3 et R. 222-1) ;
- SARL : procès-verbaux et registre des assemblées / consultations écrites des associés (C. Com. R. 221-3, al. 3) ;
- EURL : procès-verbaux et registre des décisions de l'associé unique (C. Com. R. 223-26, al. 3) ;
- Sociétés anonymes (SA) :
 - procès-verbaux et registre des délibérations du conseil d'administration ou de surveillance (C. Com. R. 225-22 et R. 225-49) et registre de présence (C. Com. R. 225-20 et R. 225-47) ;
 - procès-verbaux et registre des assemblées générales (C. Com. R. 225-22) ;
- Sociétés en commandite par actions (SCA) : procès-verbaux et registre des assemblées générales (C. Com. R. 255-22 sur renvoi) ;
- Sociétés par actions simplifiées (SAS) : procès-verbaux et registre des décisions des associés (C. Com. R. 227-1-1) ;
- Sociétés civiles : procès-verbaux et registre des décisions collectives associés (décret n° 78-704 du 03/07/1978, art. 45 et 46).

III – LA DEMATERIALISATION DES PROCES-VERBAUX DES ORGANES SOCIAUX

Pour être considérés comme étant établis sous forme électronique:

1) les PV devront être signés au moyen d'une signature électronique dite « avancée ».

Les conditions techniques de la signature avancée sont définies par l'article 26 du règlement (UE) n° 910/2014.

- La signature est liée de manière univoque au signataire.
- Elle permet d'identifier le signataire.
- Elle est liée aux données associées à cette signature, de telle sorte que toute modification ultérieure soit détectable.
- Elle a été créée à l'aide de données de création de signature que le signataire peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif.

La signature électronique a alors la même force probante que la signature manuscrite (article 1367 du Code civil).

2) Les documents dématérialisés devront également être datés de façon électronique au moyen d'un horodatage offrant toute garantie de preuve (C. Com. R. 225-20, R. 225-22, R. 225-47, R. 225-49, R. 225-106 et R. 227-1-1).

Il faut s'assurer que les prestataires retenus proposent des solutions respectant ces critères. Des organismes peuvent certifier les prestataires (par exemple l'ANSSI).

III – LA DEMATERIALISATION DES PROCES-VERBAUX DES ORGANES SOCIAUX

Les textes prévoient toujours la tenue de registres (par exemple aux articles R. 221-3 (SNC), R. 225-22 ou 49 (SA) ou R. 227-1-1 (SAS)):

Les textes n'indiquent pas la forme précise que doit alors adopter le registre, mais l'horodatage électronique des PV suffit à établir la chronologie.

Condition de mise en place de la dématérialisation des PV ou des registres:

Il faut vérifier que les statuts ne prévoient pas expressément leur tenue sous format papier. Si tel est le cas il faudra préalablement les modifier.

CONCLUSION

Les mesures exceptionnelles prises par le gouvernement dans le cadre de l'épidémie de covid-19 offrent aux sociétés de larges possibilités de s'adapter temporairement à cette situation inédite:

- Soit en reportant la tenue des organes sociaux,
- soit en réunissant leurs organes sociaux sans la présence physique de leurs membres.

Sur le long terme, la situation d'urgence sanitaire ou le soucis de moderniser la vie sociale des sociétés devraient inciter les dirigeants de sociétés à se saisir pleinement des nombreuses possibilités offertes par le droit commun.

A cette fin, plusieurs actions juridiques seront utiles à mener :

- La revue des statuts afin de permettre l'usage de ces nouvelles dispositions ;
- Une analyse juridique des modalités de fonctionnement des systèmes mis en place afin de s'assurer que celles-ci sont bien conformes aux exigences réglementaires ;
- Le cas échéant, la préparation d'un règlement intérieur pour expliciter la mise en place de telles réunions et leur fonctionnement.