

**ETAT D'URGENCE SANITAIRE
ET
APPROBATION DES COMPTES DANS LES SA ET SARL**

COMMENT FAIRE ?

Afin de contenir la propagation du virus covid-19, le Gouvernement français a récemment mis en place diverses mesures sanitaires visant à interdire ou limiter les rassemblements, réunions et activités collectives. Ces mesures courent jusqu'au 15 avril 2020 mais pourront être reconduites.

D'autres mesures sanitaires ont récemment été mises en place par le Gouvernement français visant à limiter jusqu'au 31 mars 2020 sur le territoire de la République française les déplacements des personnes, ceux-ci n'étant autorisés que dans certaines hypothèses spécifiques au nombre desquelles la participation à une réunion d'associés ou à une délibération de conseil d'administration ou de conseil de surveillance d'une société ne figure évidemment pas.

Ces règles exceptionnelles auront des effets temporaires sur la vie sociale des groupements quels qu'ils soient (sociétés, associations, mutuelles, coopératives, syndicats de copropriété, etc.).

Le droit des sociétés a en effet toujours privilégié une réunion physique au moins annuelle des associés et actionnaires dans un esprit délibératif, de questions-réponses, de débats et de mises aux voix des résolutions, autrement dit dans un esprit démocratique qui rappelle les débats législatifs aux parlements.

Ces principes délibératifs gouvernent la vie des sociétés et notamment les sociétés anonymes (SA) et les sociétés à responsabilité limitée (SARL) dont les régimes prévoient une obligation de passer par l'assemblée générale, c'est-à-dire, par une réunion des actionnaires et des associés.

La présente étude concerne donc principalement les SA et SARL.

Pour les sociétés par actions simplifiées (SAS), les groupements d'intérêt économique (GIE) et les sociétés civiles (SC), il conviendra de se référer à ce qui est prévu dans leurs statuts en matière de décisions collectives car dans la plupart des situations, les statuts de ces entités autorisent des décisions collectives (y compris celles relatives à l'approbation des comptes) sous un format compatible avec les mesures sanitaires en cours : acte sous seing privé, consultation à distance, etc.

Le principe d'une réunion physique annuelle est quasi-absolu en matière de SA qui n'a rien connu d'autre jusqu'à l'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017, laquelle est venue autoriser certaines SA à recourir aux assemblées générales « à huis clos » ou « dématérialisées ». Nous y reviendrons ci-après.

En matière de SARL, une assemblée générale est requise dans un certain nombre d'hypothèses prévues par le Code de commerce, parmi lesquelles l'approbation des comptes.

Le Code de commerce prévoit diverses mesures qui permettent aux associés ou actionnaires qui ne peuvent assister aux réunions physiques de s'exprimer lors des décisions collectives :

- Soit sous la forme d'un vote par correspondance
- Soit sous la forme d'un pouvoir
- Soit, dans certains cas, par des moyens de télétransmission

La problématique est la suivante : les sociétés, dont notamment celles qui ont clôturé leurs comptes au 31 décembre 2019, sont en principe tenues de réunir leurs actionnaires ou associés pour approuver lesdits comptes dans les six mois de leur clôture (ou dans les cinq mois pour les établissements de crédit, les sociétés de financement et les entreprises d'investissement) ; ce qui évidemment est incompatible avec les mesures sanitaires prises par le Gouvernement pour ralentir la propagation du virus covid-19 (interdiction-limitation des rassemblement et réunions / mesures de confinement de la population).

Il convient de rappeler que conformément à la lettre du texte, c'est la réunion de l'assemblée qui doit intervenir dans le délai de six mois (ou de cinq mois) et non pas simplement la convocation.

Les gérants de SARL et les dirigeants de SA qui ne soumettent pas à l'approbation de l'assemblée les comptes annuels et, lorsqu'il doit être établi, le rapport de gestion (auxquels s'ajoute, pour les SARL, l'inventaire) encourrent une amende de 9.000 € dans les SARL et une peine d'emprisonnement de six mois plus une amende de 9.000 € dans les SA.

Ces contraintes légales et réglementaires étant rappelées, des difficultés pratiques se rencontreront au cours des prochains mois essentiellement à deux niveaux :

- La tenue des organes d'administration et de surveillance
- La tenue des assemblées générales

1. Organes de surveillance et d'administration

Les articles L.225-37 (SA à conseil d'administration) et L.225-82 (SA à directoire et conseil de surveillance) du Code de commerce permettent certes le recours à des moyens de visioconférence ou de télécommunication mais de tels moyens ne peuvent pas, aux termes desdits articles, être utilisés pour les décisions relatives à la vérification et au contrôle des comptes sociaux et consolidés.

Le Code de commerce oblige ainsi à tenir, dans les SA, une réunion physique du conseil d'administration ou du conseil de surveillance pour les décisions relatives aux comptes sociaux et consolidés.

Au surplus, les règles de quorum applicables à ce jour requièrent la présence physique d'au moins la moitié en nombre des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance dans le cadre de cette réunion.

Aucune exception ni tempérament ne sont actuellement prévus par le Code de commerce.

Toutefois, la loi relative à l'état d'urgence sanitaire, qui a été adoptée le 22 mars 2020 par l'Assemblée nationale, devrait permettre au Gouvernement de prendre, par voie d'ordonnance(s), des mesures visant à simplifier les règles applicables aux arrêtés et approbations de comptes des sociétés (et plus généralement des personnes morales de droit privé) pour tenir compte des mesures de restriction relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19.

Dans l'attente de la mise en place de ces mesures de simplification, que faut-il faire ?

L'une des premières solutions auxquelles on pourrait penser consisterait à reporter la date de tenue de ces organes sociaux dans l'attente de la levée des mesures de restriction ou dans l'attente de l'ordonnance qui devrait apporter certaines solutions.

Toutefois cette solution se heurterait d'ores et déjà, pour les SA à conseil de surveillance qui ont clôturé leurs comptes au 31 décembre 2019, au délai prévu à l'article R.225-55 du Code de commerce qui oblige le conseil de surveillance à se réunir dans les trois mois de la clôture de l'exercice (soit au plus tard le 31 mars 2020 pour les sociétés qui ont clôturé leurs comptes au 31 décembre 2019) pour vérifier et contrôler les comptes établis par le directoire.

Par ailleurs, les SA à conseil d'administration dont les titres sont cotés sur un marché réglementé ont pour obligation de publier leurs comptes et leur rapport de gestion dans les quatre mois de leur clôture (soit au plus tard le 30 avril 2020 pour les sociétés qui ont clôturé leurs comptes au 31 décembre 2019).

Or ces comptes et ce rapport de gestion relèvent des prérogatives du conseil d'administration qui lui doit se tenir physiquement compte tenu de l'article L.225-37 du Code de commerce rappelé ci-avant.

L'ordonnance qui sera prise en vertu de la loi sur l'état d'urgence sanitaire récemment adoptée est donc très attendue notamment pour savoir comment organiser les prochaines réunions des organes d'administration ou de surveillance.

Pour les sociétés qui ne pourraient faire autrement que de tenir un conseil d'administration ou de surveillance dans le cadre des règles actuelles, il sera conseillé de recourir à des moyens de visioconférence ou de télécommunication même si ces procédés ne sont pas conformes aux dispositions actuellement en vigueur du Code de commerce.

Les délibérations seront certes entachées d'une nullité mais il s'agira d'un acte 'simplement' annulable par le juge.

Il serait cependant surprenant que des juges admettent de prononcer la nullité d'une telle délibération, certes prise en contradiction avec les prescriptions du Code de commerce sur la question du procédé retenu pour la réunion, mais qui respecte les arrêtés ministériels relatifs à la lutte contre la propagation du virus covid-19 qui est un impératif de santé publique.

2. La tenue des assemblées générales

Pour rappel, les assemblées générales de SARL ou de SA doivent en principe se tenir dans un délai de six mois à compter de la clôture des comptes (cinq mois pour les établissements de crédit, les sociétés de financement et les entreprises d'investissement).

A titre liminaire, il convient de rappeler que depuis l'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017, dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir que les assemblées générales peuvent se tenir exclusivement par visioconférence ou par des moyens de télécommunication.

Ce sont ce qu'on appelle les assemblées générales « à huis clos » ou « dématérialisées ».

Evidemment, les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé - ce qui concerne les SA non cotées ainsi que les SA dont les titres sont admis aux négociations sur Euronext Growth (ex Alternext) - auront intérêt à recourir à ce type de consultation des actionnaires.

C'est d'ailleurs ce mode de consultation des actionnaires qui a été retenu par la société CYBERGUN pour l'approbation de ses comptes clos le 30 septembre 2019 : son assemblée générale annuelle s'est tenue le 18 mars 2020 sans que les actionnaires n'aient à se déplacer.

Cependant il convient d'insister sur le fait que ce type de consultation n'est pour le moment réservé qu'aux SA dont les statuts prévoient expressément la possibilité de recourir à ce mode de consultation.

Pour les sociétés dont les statuts n'autorisent pas à ce jour le recours à ces assemblées générales « à huis clos » ou « dématérialisées », il convient selon nous d'attendre l'ordonnance prise en application de la loi sur l'état d'urgence sanitaire récemment adoptée. Ladite ordonnance devrait en effet apporter des éléments de réponse consistant notamment à autoriser, compte tenu des mesures de restriction en cours, et nonobstant l'absence de stipulation statutaire, le recours à des assemblées générales « à huis clos » ou « dématérialisées ».

A l'inverse, en l'absence de mesures législatives qui autoriseraient des assemblées générales « à huis clos » ou « dématérialisées », il sera nécessaire de tenir physiquement l'assemblée générale en incitant les actionnaires à voter par correspondance ou à donner procuration au président de l'assemblée de sorte à limiter autant que possible le nombre de participants.

C'est cette approche qui a été retenue pour l'assemblée générale de la société ELIOR GROUP du 20 mars 2020, convoquée avant que les mesures sanitaires ne soient promulguées.

Dans le même sens, l'Autorité des marchés financiers (AMF) a rappelé aux actionnaires et épargnants, dans un communiqué du 6 mars 2020, qu'il est possible de voter aux assemblées générales sans y être physiquement présent en votant par correspondance via un formulaire de votre papier ou électronique (si les statuts le permettent) ou en consentant une « procuration » à une personne de son choix ou à l'émetteur sans indication de mandataire (pouvoir « en blanc »).

Par ailleurs, dans le même communiqué, l'AMF a recommandé aux émetteurs cotés de retransmettre en direct leur assemblée générale sur leur site internet et de communiquer largement à ce sujet.

En outre, l'AMF a préconisé de recourir aux systèmes de vote sur internet via des plateformes de vote sécurisées, en sachant que cette modalité n'est autorisée à ce jour que si les statuts de l'émetteur le permettent.

Un examen attentif des statuts de SA ou de SARL sera donc nécessaire pour voir ce qu'il est possible de faire dans chaque situation.

Toutefois, les dirigeants de sociétés et leurs conseils pourraient se retrouver confrontés à d'autres problématiques qui pourraient les contraindre à envisager et à adopter d'autres mesures.

3. Autres mesures

Ajournement de l'assemblée générale annuelle

L'ajournement d'une assemblée générale consiste à reporter celle-ci à une date ultérieure.

Cette mesure d'ajournement sera réservée aux sociétés qui ont convoqué leurs actionnaires en assemblée générale avant que les mesures de restriction sanitaire n'entrent en vigueur.

Lesdites assemblées ont en effet peu de chances de pouvoir se tenir si lesdites mesures sanitaires sont encore en vigueur aux dates auxquelles elles sont censées avoir lieu.

Pour rappel, un ajournement consiste à reporter l'assemblée générale initialement prévue et à en convoquer une nouvelle. Il faudra donc prévoir un avis d'ajournement à publier ou à diffuser dans les conditions requises (BALO, annonce légale, etc.) ; en outre, de nouvelles formalités de convocation devront être effectuées.

L'ajournement est décidé par l'auteur de la convocation (c'est-à-dire le conseil d'administration ou le directoire dans une SA et le gérant dans une SARL) ou par décision de justice.

Ainsi, en cas de projet d'ajournement d'une assemblée annuelle de SA qui aurait été d'ores-et-déjà convoquée, il conviendra de réunir, selon le cas, un nouveau conseil d'administration ou un directoire pour statuer sur la mesure d'ajournement.

Ce conseil d'administration ou ce directoire peut valablement se tenir par des moyens de visioconférence ou de télécommunication, sans risque à notre avis, s'il s'agit d'une SA à conseil d'administration, de nullité considérant que la décision à prendre par ce conseil concerne la convocation de l'assemblée et non le contrôle et l'arrêté des comptes.

A défaut de pouvoir tenir un conseil d'administration ou un directoire, tout actionnaire pourrait demander au tribunal en référé ou par voie de requête, l'ajournement de l'assemblée générale annuelle ; cette faculté est, à notre avis, également ouverte au commissaire aux comptes ou au conseil de surveillance.

Prolongation du délai de réunion de l'assemblée générale

Les dirigeants d'une société commerciale peuvent demander une prolongation du délai de réunion de l'assemblée annuelle au président du tribunal de commerce statuant sur requête. C'est une faculté prévue, pour les SA et pour les SARL, par le Code de commerce.

La demande de prolongation doit être présentée au juge avant l'expiration du délai de cinq mois pour les établissements de crédit, les sociétés de financement et les entreprises d'investissement ou de six mois pour les autres sociétés.

La demande de prolongation peut être présentée même si l'assemblée générale annuelle a déjà été convoquée (CA Paris 2-8-2001 n° 01-12698 : n° 6040) ; ce qui permettrait aux sociétés dont les avis de convocation sont déjà parus à ce jour d'ajourner la convocation faite et d'en prévoir une nouvelle à une date ultérieure.

Par ailleurs, rien n'interdit aux dirigeants d'une société de présenter une seconde demande de prolongation dès lors qu'elle est justifiée (pour une illustration, voir CA Rouen 27-10-1983: Bull. Joly 1984 p. 634).

Le Code de commerce ne précise pas si la société qui requiert une prolongation du délai doit invoquer un motif ni, si un motif est invoqué, quelle doit être sa nature ; comme le délai de prolongation ne peut être accordé que par décision de justice, sur examen de la demande, le requérant devra nécessairement invoquer un motif sérieux pour obtenir gain de cause.

Le contexte sanitaire actuel ne laisse guère de doute sur le motif invoqué ; il s'imposera de lui-même compte tenu des mesures de restriction sanitaire.

En pratique, un délai de trois mois est généralement accordé par les présidents des tribunaux de commerce, mais il n'existe légalement aucun délai limite.

Un juge peut ainsi accorder, si les circonstances l'exigent, un délai supérieur à six mois même si cela a pour effet de faire statuer l'assemblée sur les comptes plus de douze mois après la clôture de l'exercice (CA Paris 14-11-1989 : Bull. Joly 1990 p. 82).

On pourrait donc très bien imaginer que le juge retienne exceptionnellement un délai de six mois voire de douze mois compte tenu de la situation sanitaire actuelle en considérant qu'à ce jour, personne n'en connaît l'issue.

Un tel report de l'assemblée pourrait toutefois venir contrecarrer des projets de distribution de dividendes par les sociétés car ce type de décision relève en principe de l'assemblée générale avec pour échéance de versement du dividende au terme du neuvième mois suivant la clôture des comptes. Dans ce cas, un acompte sur dividende pourra être décidé, pour les SA, par le conseil d'administration ou le directoire (selon le cas) ou, pour les SARL, par le gérant.

Il est à noter que la loi sur l'état d'urgence sanitaire récemment adoptée par l'Assemblée Nationale prévoit que l'ordonnance de simplification à venir pourra adapter les règles relatives à l'affectation des bénéficiaires et au paiement des dividendes.

Désignation d'un mandataire ad hoc

Il est permis de penser que pour faire face aux contraintes sanitaires actuelles, les dirigeants de sociétés sollicitent en référé du juge la désignation d'un mandataire ad hoc ayant pour mission de voter en lieu et place des actionnaires ou associés qui ne pourraient se déplacer compte tenu des mesures de confinement actuelles.

Ce procédé nous apparaît toutefois quelque peu compliqué si l'objectif est de représenter les actionnaires d'une société dont les titres sont cotés, car il existe une question de responsabilité du mandataire qui, en amont, de l'assemblée générale devra en principe se rapprocher des actionnaires ou des associés pour arrêter le sens de leur vote.

En revanche ce procédé pourrait, il nous semble, être utilisé dans le cadre d'une assemblée générale extraordinaire d'une SA qui serait convoquée en amont de l'assemblée générale annuelle, cette assemblée générale extraordinaire ayant pour ordre du jour :

- Pour les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé : une modification des statuts afin d'intégrer (si cela n'est pas déjà le cas à ce jour)

la faculté instituée par l'ordonnance n°2017-747 du 4 mai 2017, permettant auxdites sociétés de ne tenir que des assemblées générales par visioconférence ou par des moyens de télécommunication (assemblées générales « à huis clos » ou « dématérialisées ») ;

- Pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé : une modification des statuts afin d'intégrer (si cela n'est pas déjà le cas à ce jour) le recours à des systèmes de vote sur internet via des plateformes de vote sécurisées ;

Le tout à moins que l'ordonnance à venir ne généralise les assemblées générales « à huis clos » ou « dématérialisées » ou ne mette en place d'autres procédés de simplification de l'approbation des comptes annuels.

Conclusion

Telles sont en l'état de la situation actuelle, les pistes de réflexion permettant de concilier une consultation des actionnaires sur les comptes récemment clos dans les délais légaux avec les mesures de restriction sanitaire des réunions ou rassemblements publics et de confinement.

Mais encore une fois, l'ordonnance que doit adopter le Gouvernement en application de la loi sur l'état d'urgence sanitaire récemment adoptée va sans nul doute apporter des solutions adaptées au caractère exceptionnel et inédit de la présente situation sanitaire.

Christophe VANNOOTE
Avocat au Barreau de PARIS