

NEWSLETTER MARS 2020 SPECIAL COVID DROIT DES SOCIÉTÉS



Denis Cherpillod

Dr en droit – avocat

Chargé de cours à l'EPFL

TENUE D'ASSEMBLÉES GÉNÉRALES DE SOCIÉTÉS DURANT LA PANDÉMIE DE CORONAVIRUS

Traditionnellement, les mois de mars à juin sont la saison des assemblées générales (AG). Selon la loi, celles-ci doivent en effet être tenues dans les six mois suivant la fin d'un exercice social. Durant la pandémie actuelle de coronavirus, les rassemblements de ce type sont interdits. Quelles solutions les sociétés et les associations ont-elles pour tenir tout de même leur assemblée générale en cette période troublée ?

Interdiction des assemblées générales durant la pandémie

L'article 6 al. 1 de l'Ordonnance 2 COVID-19 du Conseil fédéral, dans sa teneur en vigueur le 19 mars 2020, interdit toutes les manifestations publiques ou privées. Cette interdiction s'étend à toutes les AG de tous les types de sociétés commerciales et des associations. Elle est valable actuellement jusqu'au 19 avril 2020, mais ce délai peut être – et sera vraisemblablement – prolongé.

Mesures spéciales pour la tenue d'assemblées générales malgré l'interdiction de rassemblement

L'article 6a de l'Ordonnance 2 COVID-19 prévoit que l'organisateur d'une assemblée de société peut, quel que soit le nombre prévu de participants et sans respecter le délai de convocation, imposer aux participants d'exercer leurs droits exclusivement par écrit ou sous forme électronique, ou par l'intermédiaire d'un représentant indépendant désigné par l'organisateur. Celui-ci doit notifier cette décision par écrit ou la publier sous forme

électronique au plus tard quatre jours avant l'assemblée. Une autorisation spéciale des autorités cantonales n'est pas nécessaire pour les AG tenues conformément à l'article 6a de l'Ordonnance 2 COVID-19.

Cette règle spéciale est applicable à toutes les formes de sociétés (notamment les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée ou encore les associations) et à tous les points de l'ordre du jour, y compris ceux qui nécessitent un acte en la forme authentique. Elle s'applique même si l'AG a lieu après la période de validité de l'Ordonnance 2 COVID-19, pour autant que l'organisateur prenne les dispositions appropriées pendant la période de validité de l'ordonnance.

En droit suisse, les AG sont en principe régies par le principe de l'immédiateté, qui exige que les actionnaires puissent assister en personne et débattre librement lors de l'assemblée. Celle-ci doit donc se dérouler dans un lieu et à un moment donnés; la participation à distance n'est pas possible. L'Ordonnance 2 COVID-19 brise ce principe: le droit de l'actionnaire de participer physiquement à l'AG est temporairement restreint. Le conseil d'administration peut – et doit – empêcher les actionnaires de se rassembler pour l'AG et les renvoyer à participer exclusivement selon les modalités prévues par l'article 6a de l'Ordonnance 2 COVID-19 sans craindre que les décisions de l'AG ne soient frappées de nullité.

La révision en cours du droit des sociétés devrait introduire en droit suisse l'AG électronique, voire l'AG virtuelle, c'est-à-dire sans lieu de réunion physique. L'Ordonnance 2 COVID-19 introduit temporairement une réglementation similaire, à certains égards plus souple et plus large que le projet de révision du droit de la SA. En effet, aucune base statutaire n'est requise et il n'est pas obligatoire de désigner un représentant indépendant. En revanche, l'AG ne peut être purement virtuelle. Elle doit toujours avoir lieu à

une certaine date, à une certaine heure et dans un certain lieu.

Les règles applicables à la forme de la convocation à l'AG demeurent applicables. L'art. 6a de l'Ordonnance 2 COVID-19 impose cependant d'informer les actionnaires des mesures prises pour la participation à distance au plus tard quatre jours avant l'assemblée.

En pratique, les sociétés disposent des possibilités suivantes :

a) Exercice du droit de vote par écrit

Le conseil d'administration peut imposer aux actionnaires d'exercer leurs droits par écrit. Dans ce cas, nous recommandons que le conseil d'administration informe les actionnaires de manière claire et complète sur les décisions qui doivent être prises et sur les motifs de ses recommandations de vote. L'actionnaire doit avoir la possibilité de prendre position par écrit et de poser des questions. Les prises de position ainsi que les réponses aux questions devront figurer dans le procès-verbal.

b) Participation par voie électronique

Dans ce cas, les actionnaires peuvent participer à l'AG à distance, par audio ou vidéoconférence. Ils peuvent ainsi exercer leurs droits en direct, garantissant l'immédiateté de l'AG.

Le conseil d'administration doit prendre des mesures raisonnables pour vérifier l'identité des actionnaires. Par exemple, il pourrait demander l'envoi préalable d'une copie d'une pièce d'identité pour obtenir le lien d'accès à la vidéoconférence, voire demander de présenter une pièce d'identité au début de l'assemblée.

Un vote en direct par audio ou vidéoconférence pourrait devenir difficile si les actionnaires sont nombreux. Dans ce cas, la société pourrait imposer

d'exercer le droit de vote par le biais du représentant indépendant. Il existe par ailleurs une série de logiciels permettant d'exercer son droit de vote par le biais d'une plateforme sur internet.

c) Participation par l'intermédiaire d'un représentant indépendant

Les sociétés cotées en bourse ont l'obligation de désigner un représentant indépendant (art. 8 ORAb). Pour les sociétés anonymes non cotées, l'institution est prévue à l'art. 689c CO, disposition qui peut à notre sens être appliquée par analogie aux autres formes de sociétés.

Dans les associations, une représentation par un tiers à l'AG n'est en général pas possible, en raison de la nature personnelle de l'association. La possibilité de désigner un représentant indépendant n'est donc a priori pas ouverte aux associations, qui sont renvoyées à organiser un vote écrit ou par voie électronique.

Le représentant indépendant est désigné par le conseil d'administration (sauf dans les sociétés cotées). Il ne peut être ni organe, ni employé, ni

dépendant de la société à un autre titre. Il est donc impossible de désigner l'organe de révision ou encore l'avocat habituel de la société.

Les actionnaires doivent pouvoir s'adresser directement au représentant indépendant et lui transmettre leurs procurations et instructions de vote, ce aussi par voie électronique.

A notre sens, les trois mesures prévues par l'Ordonnance COVID-19 peuvent être cumulées. Si la société a de nombreux actionnaires, il nous paraît opportun de prévoir dans tous les cas la désignation d'un représentant indépendant.

d) Report de l'AG

Enfin, la société a toujours la possibilité de reporter l'AG à la fin de la pandémie. Le délai de 6 mois pour tenir l'AG ordinaire après la fin du dernier exercice social est un pur délai d'ordre, dont le non-respect n'entraîne aucune conséquence juridique. Cela ne vaut naturellement que si la société n'a pas de mesures urgentes à soumettre à l'assemblée générale, telles qu'une augmentation de capital.

Pour plus d'informations :

Denis Cherpillod (cherpillod@jmrlegal.ch) ou votre personne de contact habituelle au sein de Reymond & Associés

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Reymond & Associés répondra volontiers à vos questions.