

LA DÉMATÉRIALISATION DES RÉUNIONS ET DES ASSEMBLÉES

par *Regine Goury, Associée, département Employment & Benefits,*
et *Pierre-Guillaume Sagnol, Collaborateur, département Corporate & Securities,*
Mayer Brown Paris



La crise sanitaire en cours impose une digitalisation à marche forcée des agents économiques en France et dans le reste du monde. L'ouverture du droit des sociétés et du droit du travail aux « nouveaux » moyens de télécommunication a été graduelle jusqu'à présent mais une défiance tant sur la fiabilité des procédés de communication que sur leur pertinence transparaisait des règles encadrant leur utilisation et leur mise en place.

Depuis le 25 mars 2020, une série de mesures à caractère exceptionnel relatives à la tenue des assemblées et des réunions des organes sociaux est entrée en vigueur. Ces mesures ont vocation à s'appliquer *a minima* jusqu'au 31 juillet 2020 et instaurent, temporairement, des modes de convocation et de consultation dématérialisés.

Mesurer l'ampleur des nouveaux dispositifs en la matière suppose au préalable d'exposer les règles qui avaient cours en France avant la propagation de la crise sanitaire.

1. UNE DÉMATÉRIALISATION ENCADRÉE AVANT L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE

Le régime applicable aux convocations et aux modes de consultation s'était déjà très largement ouvert aux « nouveaux » moyens de télécommunication. Cependant un certain nombre de garde-fous encadraient leur utilisation.

1.1 Assemblées générales et réunions des organes sociaux

1.1.1 Convocations

Les règles applicables aux convocations des assemblées et des organes sociaux sont en principe fixées dans les statuts des sociétés. Ainsi, sous réserve des stipulations statutaires, les convocations par courrier électronique aux assemblées générales ou aux réunions des organes sociaux sont tout à fait envisageables. Un mécanisme offre par ailleurs à certaines sociétés la possibilité de demander l'accord de leurs actionnaires ou associés aux fins de recourir à une convocation électronique. Cette disposition supposant une pré-approbation des actionnaires ou associés manque cependant incontestablement de souplesse. Or, pour rappel, si tous les actionnaires ou associés ne sont pas présents ou représentés à une réunion irrégulièrement convoquée, les décisions prises à cette occasion peuvent être entachées de nullité.

1.1.2 Modes de consultation

De la même manière, les « nouveaux » moyens de télécommunication se sont généralisés en tant que modes de consultation des actionnaires ou associés et des membres des organes sociaux mais, là encore, sous réserve de stipulations statutaires.

Ainsi nombreuses sont les sociétés non cotées à prévoir la possibilité de tenir des réunions par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant l'identification de leurs participants. Certaines sociétés peuvent même prévoir dans leurs statuts que les assemblées générales se tiendront exclusivement par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant l'identification de leurs actionnaires ou associés, toutefois, signe de défiance du législateur, un droit d'opposition permet aux actionnaires représentant au moins 5 % du capital d'exiger la tenue d'une réunion physique.

Ultime « protection » prévue par le législateur, le procès-verbal de ces réunions doit faire mention du fait qu'elle se sont tenues par recours exclusif à la visioconférence ou aux moyens de télécommunication précités.

1.1.3 Procès-verbaux

La dématérialisation des procès-verbaux a été consacrée quant à elle par un décret du 31 octobre 2019, qui étend à toutes les formes sociales la possibilité d'établir et de conserver sous forme électronique les procès-verbaux et registres des décisions sociales.

Sur le fond, cette avancée majeure n'est pourtant pas exempte de restrictions. Pour les SAS, par exemple, l'imprécision des textes impose encore une stipulation statutaire à cet effet.

Sur la forme, le législateur est venu préciser que les procès-verbaux sont signés au moyen d'une signature électronique qui respecte au moins les exigences relatives à une signature électronique « avancée » prévue par le Règlement européen dit « eIDAS » et datés de façon électronique par un moyen d'horodatage. Une signature électronique avancée et un horodatage électronique peuvent être fournis par un prestataire de services de confiance qui doit avoir obtenu l'accréditation de l'ANSSI (comme DocuSign ou CertEurope). En pratique la signature électronique avancée est une signature à double facteur d'authentification (envoi d'un lien par email et envoi d'un code par SMS). Afin de renforcer le fichier de preuve constitué dans le cadre des sessions de signature électronique, certains praticiens demandent la production d'une copie des factures de téléphone portable et des pièces d'identité des signataires, et ce, conformément aux recommandations du Conseil National des Barreaux appliquées à l'acte d'avocat électronique. Certaines plateformes de Closing comme Armada Lex permettent d'organiser efficacement ces séances de signature de bout en bout.

1.2 Comité Social et Economique (CSE)

Le Code du travail est relativement souple sur les modalités de convocation et tenue des CSE (d'entreprise, d'établissement, centraux, comité de groupe et autres IRP). Ainsi, il ne précise pas la forme que doit prendre la convocation du CSE à une réunion. De nombreuses entreprises utilisent le courrier électronique sans difficultés mais en cas de litige sur la réception ou le délai de réception d'une convocation,

la preuve sera difficile à établir. Pour cette raison, la convocation écrite remise en main propre est encore très utilisée, voire la convocation par lettre recommandée avec accusé de réception dans les entreprises connaissant un climat social tendu. Le règlement intérieur du CSE peut prévoir les modalités de convocation. L'envoi par lettre recommandée électronique pourrait être envisagée, mais uniquement avec l'accord des intéressés puisqu'il s'agit de personnes physiques.

Depuis la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, les réunions du comité d'entreprise puis du CSE peuvent se tenir par visioconférence soit par accord entre l'employeur et les membres du CSE autant de fois que convenu, ou à défaut d'accord pour trois réunions seulement par année civile. Le dispositif technique mis en œuvre doit garantir l'identification des membres du comité et leur participation effective, en assurant la retransmission continue et simultanée du son et de l'image des délibérations. Par conséquent, une réunion par conférence télé-phonique n'est pas possible.

Lorsqu'un vote est requis, il se fait la plupart du temps par vote à main levée, et dans ce cas, la visioconférence permet de s'assurer du vote de chacun dans des conditions de sécurité suffisantes. Toutefois, dans certaines hypothèses un vote secret est requis par le code du travail (consultation sur le licenciement d'un représentant du personnel, recrutement ou licenciement du médecin du travail), les dispositions du règlement intérieur du CSE ou le CSE lui-même. Dans ce cas, le dispositif de vote doit garantir que l'identité du votant ne peut à aucun moment être mise en relation avec l'expression de son vote. Lors d'une visioconférence où chaque membre du CSE se trouve dans une localisation distincte, le seul moyen d'assurer le secret du vote est d'organiser un vote électronique.

Hormis l'hypothèse ci-dessus, le recours au vote par voie électronique n'est pas nécessaire. Si l'entreprise choisit de le mettre en place, le système retenu doit assurer la confidentialité des données transmises ainsi que la sécurité de l'adressage des moyens d'authentification, de l'émargement, de l'enregistrement et du dépouillement des votes. Cela suppose de mettre en œuvre des moyens techniques dédiés proches de ceux utilisés pour le vote électronique lors des élections professionnelles.

Le procès-verbal des délibérations du CSE est obligatoirement établi par le secrétaire du CSE dans les 15 jours (à défaut d'accord) et transmis à l'employeur qui fait connaître sa position lors de la prochaine réunion du CSE au cours de laquelle le procès-verbal est adopté. La signature du secrétaire n'est pas expressément requise mais sert à l'authentifier. Si le procès-verbal est adopté par un vote lors de la prochaine réunion du CSE, celui-ci peut suffire à établir la version définitive du procès-verbal qui pourra être diffusé par tous moyens y compris électronique.

2. UNE DÉMATÉRIALISATION AMPLIFIÉE PAR L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE

L'ordonnance du 25 mars 2020 relative à l'adaptation des règles de réunion et de délibération des assemblées et des réunions d'organes sociaux et l'ordonnance du 1^{er} avril 2020 portant mesures d'urgence relatives aux instances représentatives du personnel sont venues exceptionnellement et temporairement bousculer cet agencement.

2.1 Assemblées générales et réunions des organes sociaux

2.1.1 Convocations

Pour faciliter la convocation des assemblées générales en pleine période d'approbation des comptes annuels, l'ordonnance est venue proposer un certain nombre d'aménagements de bon sens.

Pour les sociétés cotées dont les actionnaires doivent être convoqués par voie postale, l'ordonnance écarte le risque de nullité des décisions en cas de convocation par un autre moyen.

Par ailleurs les sociétés se voient offrir, par l'ordonnance, le droit de répondre par voie électronique aux demandes de communication de documents ou d'informations émanant d'un actionnaire ou d'un associé préalablement à la tenue d'une assemblée, mais ce, seulement si l'actionnaire ou l'associé en question fait figurer son adresse électronique dans sa demande.

L'ordonnance permet également d'informer, par tout moyen, les destinataires de convocations déjà émises, au moins trois jours ouvrés avant la date de l'assemblée, de la modification du lieu de l'assemblée ou des modes de participation, sans qu'il soit nécessaire d'envoyer une nouvelle convocation. Pour les sociétés cotées, de tels ajustement sont par ailleurs réalisables par voie de communiqué.

2.1.2 Modes de consultation

S'agissant de la participation aux assemblées et aux délibérations, l'ordonnance donne à l'organe compétent pour convoquer l'assemblée un certain nombre de pouvoirs sans qu'une clause des statuts ne soit nécessaire à cet effet ni ne puisse s'y opposer.

Cet organe peut décider :

- de la tenue de l'assemblée sans que la présence physique ou par conférence téléphonique ou audiovisuelle des actionnaires ou associés ne soit requise. Dans une telle hypothèse, les actionnaires ou associés pourront participer à l'assemblée ou voter selon les modalités légalement admises (par exemple par vote à distance) ;
- que les actionnaires ou associés participant par conférence téléphonique ou audiovisuelle permettant leur identification seront réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité, et ce, quel que soit l'objet de la décision sur laquelle l'assemblée est appelée à statuer ;
- de recourir à la consultation écrite des actionnaires ou associés lorsque la loi le permet, et ce, quel que soit l'objet de la décision sur laquelle l'assemblée est appelée à statuer.

Des mécanismes identiques sont institués par l'ordonnance en question pour les réunions des organes sociaux sans qu'il soit nécessaire qu'une clause des statuts ou de leur règlement intérieur ne le prévoit. En cas de consultation écrite, il est toutefois précisé que celle-ci devra être réalisée dans des conditions assurant la collégialité des délibérations.

Ces mesures ont été prises dans l'urgence et il convient de saluer la réactivité du législateur, l'ordonnance aurait pu cependant écarter explicitement le droit des actionnaires représentant au moins 5 % du capital de s'opposer à la tenue des assemblées générales extraordinaires par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant l'identification des actionnaires.

2.1.3 Procès-verbaux

Sur le front de la dématérialisation des procès-verbaux, le législateur n'a pas clarifié à cette occasion que les procès-verbaux des assemblées et des réunions des organes sociaux des SAS pourront être établis et conservés sous forme électronique sans qu'une clause des statuts ne soit nécessaire à cet effet ni ne puisse s'y opposer. Mais avec la prise de conscience généralisée par la crise sanitaire en cours des vertus de la dématérialisation il y a fort à parier qu'une telle mise au point soit pour demain.

2.2 Comité Social et Economique (CSE)

L'ordonnance du 1^{er} avril 2020 portant mesures d'urgence relatives aux instances représentatives du personnel facilite la tenue des réunions du CSE par voie électronique, à titre temporaire, pendant la période de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020.

Aucune précision n'est apportée par l'ordonnance afin de sécuriser la convocation par voie électronique, à charge pour l'employeur et le CSE de convenir éventuellement des modalités.

L'ensemble des réunions du CSE (également CSE central et autres IRP) peut se tenir par visioconférence après que l'employeur en a informé leurs membres, sans limitation de nombre, dans les mêmes conditions que celles rappelées plus haut. Le recours à la conférence téléphonique est également autorisé à titre exceptionnel mais devra faire l'objet d'un décret afin notamment de définir les moyens d'identification. En cas d'impossibilité de recourir à la visioconférence ou à la conférence téléphonique, le recours à la messagerie instantanée est possible, sous réserve également de la parution d'un décret.

Compte tenu de la diffusion actuelle des moyens de visioconférence, du nombre moyen d'ordinateurs et smartphones par foyer (1,5 pour les deux équipements au 2^{ème} trimestre 2019) et des difficultés probables d'identification hors le cas de visioconférence, cette dernière devrait être largement privilégiée.