

L'AG en temps de COVID-19

L'AG 2020 est sauvée. Le 16 mars 2020, le Conseil fédéral a décidé d'un régime spécial temporaire pour les assemblées de sociétés et permet de les tenir sans respecter le délai de convocation, sous forme écrite ou électronique ou par procuration avec un représentant indépendant désigné par la société.

Préambule

La présente version française de ce mémento est une traduction basée sur la version allemande faisant état de référence.

En vertu du droit applicable, l'assemblée générale est une manifestation présenteielle au cours de laquelle les actionnaires exercent leurs droits. En raison de l'interdiction fédérale d'organiser des manifestations, de nombreuses sociétés se sont trouvées dans l'impossibilité de tenir leur assemblée générale en 2020 du jour au lendemain. Mais depuis le 17 mars 2020, l'art. 6a de l'ordonnance 2 COVID-19¹ du Conseil fédéral apporte une solution salvatrice. Il permet de tenir l'assemblée générale soit par écrit, soit par voie électronique, soit encore avec par l'intermédiaire d'un représentant indépendant désigné par l'organisateur.

Le SwissBoardForum vous montre les options dont vous disposez pour l'assemblée générale 2020, vous explique ce que vous devez garder à l'esprit pour la tenue d'une assemblée générale 2020 sous forme écrite / électronique et vous donne des conseils pratiques sur la manière de mettre en œuvre correctement l'AG en période de COVID-19.

Reporter ou maintenir ?

L'interdiction des réunions publiques et privées est actuellement valable jusqu'au 19 avril 2020² et peut être prolongée si le Conseil fédéral l'estime nécessaire. Croire que l'assemblée générale prévue à une date ultérieure pourra avoir lieu semble risqué étant donné la situation actuelle. Le conseil d'administration doit donc s'occuper de la mise en œuvre ou du report de l'assemblée générale ordinaire 2020.

Selon la loi, l'assemblée générale ordinaire se tient dans les six mois qui suivent la fin de l'exercice financier³. Dans certains cas, les statuts prévoient des délais plus courts. Ces délais sont des délais réglementaires. Leur non-respect n'a pas de conséquences juridiques directes. Cela signifie notamment que les décisions d'une assemblée générale tenue tardivement sont également valables et ne peuvent être contestées pour cause de retard. Si le délai n'est pas ou ne peut pas être respecté en raison d'un manquement à la diligence requise et qu'un dommage en résulte, le non-respect du délai peut donner lieu à des actions en responsabilité. Il est donc conseillé de respecter le délai en principe et de ne s'en écarter que pour des raisons factuelles. La situation actuelle de COVID-19 peut représenter une telle raison factuelle.

Toutefois, la plupart des sociétés souhaitent que l'assemblée générale et les décisions des actionnaires se tiennent en temps utile. Outre le report de l'assemblée générale pour des raisons factuelles, elles ont désormais la possibilité de tenir l'assemblée par écrit ou par voie électronique (ou au moyen d'un représentant indépendant).

¹ Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19), RS 818.101.24

² Art. 6 al. 1 p.r. à l'art. 12 al. 6 Ordonnance 2 COVID-19

³ Art. 699 al. 2 CO

☞ *Le délai de l'art. 699 al. 2 CO, selon lequel l'assemblée générale ordinaire doit se tenir dans les six mois qui suivent la fin de l'exercice, est un délai d'ordre. L'assemblée générale ordinaire 2020 peut donc être reportée à une date ultérieure dans des cas exceptionnels, si cela s'avère nécessaire ou approprié.*

☞ *Sur la base de l'article 6a de l'ordonnance 2 COVID-19, l'AG 2020 peut également se tenir à la date prévue (ou à une date ultérieure) par voie écrite ou électronique ou avec un représentant indépendant.*

Principaux points juridiques

Même si l'assemblée générale 2020 se tient sous forme écrite ou électronique, il faut veiller tout particulièrement à ce que les droits des actionnaires (notamment le droit d'assister, de voter et de proposition) soient préservés, à ce que le nombre de votes représentés soient déterminés, à ce que le quorum soit respecté et à ce que le procès-verbal soit tenu. Le conseil d'administration est responsable de ces mesures préparatoires⁴. Il doit également veiller à ce que seuls les actionnaires ou les représentants ayant le droit de vote participent aux prises de décisions. Si ces droits sont violés, le conseil d'administration risque de voir les résolutions de l'assemblée générale contestées, voire annulées.

Le conseil d'administration doit décider si l'assemblée générale 2020 doit se tenir sous forme écrite ou électronique, ou si elle doit être reportée. Il doit prendre cette décision au plus tard le 19 avril 2020⁵. L'assemblée générale ne doit pas avoir lieu dans ce délai. Si l'assemblée générale 2020 va se tenir sous forme écrite ou électronique, la disposition correspondante doit être communiquée par écrit ou publiée électroniquement au moins quatre jours avant l'événement.

☞ *Le conseil d'administration doit décider avant le 19 avril 2020 si l'assemblée générale 2020 doit se tenir par écrit, par voie électronique ou avec un représentant indépendant.*

☞ *Le conseil d'administration doit veiller à ce que les droits des actionnaires soient également préservés dans le cas d'une assemblée générale écrite/électronique en 2020 et que seules les personnes ayant le droit de vote participent aux votations.*

Procédure

La plupart des PME tiendront l'assemblée générale 2020 non pas en tant que manifestation présentielle, mais pour des raisons techniques, financières et organisationnelles, elles les tiendront probablement par écrit (courrier) ou sous forme électronique (courriel, site internet, plateformes en ligne). L'« assemblée générale virtuelle », telle que prévue par le nouveau droit des sociétés et telle qu'elle est déjà possible dans la situation juridique actuelle, ne sera probablement pas une option pour la plupart des PME. C'est pourquoi la procédure de vote écrite/électronique sera traitée ici en premier lieu. Dans le même sens, le représentant indépendant désigné par le conseil d'administration doit pouvoir être instruit par les actionnaires.

Si l'Assemblée générale 2020 doit se tenir sous forme écrite ou électronique, la procédure suivante est principalement recommandée (en outre, bien sûr, les éventuelles dispositions statutaires en sus qui ne sont pas affectées par le règlement de l'ordonnance 2 COVID-19 doivent être observées par les sociétés concernées) :

⁴ Art. 716a al. 1 ch. 6 p.r. à l'art. 702 CO

⁵ Art. 6a al. 2 Ordonnance 2 COVID-19

- Jusqu'au 19 avril 2020 au plus tard : décision du conseil d'administration sur la tenue de l'assemblée générale 2020 par écrit ou sous forme électronique (ou avec un représentant indépendant).
- Décision supplémentaire éventuelle du conseil d'administration sur le report de l'assemblée générale 2020.
- Etablissement d'un calendrier avec des délais qui peuvent être respectés d'un point de vue organisationnel.
- Informer les actionnaires à l'avance de la manière dont l'assemblée générale 2020 se tiendra et de la date (l'assemblée générale écrite/électronique a également une date !).
- Approbation de l'ordre du jour (provisoire, y compris d'éventuels points demandés par les actionnaires)⁶ avec les propositions respectives du conseil d'administration (et éventuellement des actionnaires) par le conseil d'administration.
- Annonce aux actionnaires de l'ordre du jour comprenant les propositions ainsi que les documents et informations utiles à la prise de décision (la diffusion au siège social de la société n'est pas suffisante dans le cas d'une tenue écrite/électronique de l'assemblée générale, à ma connaissance et en raison de la situation actuelle).
- Fixer un délai pour que les actionnaires puissent soumettre leurs propres propositions ou contre-propositions sur les points à l'ordre du jour⁷.
- Approbation de l'ordre du jour final (y compris les éventuelles contre-propositions) par le conseil d'administration.
- Annonce de l'ordre du jour définitif ainsi que des documents et informations utiles aux décisions.
- Mise à disposition du formulaire de vote (y compris la liste des points de l'ordre du jour et des propositions).
- Fixer sous quelle forme et la date limite à laquelle les formulaires de vote remplis doivent arriver au siège social de la société pour être valables (par exemple, la veille de l'assemblée générale, à 24h00).
- Le jour de l'AG : comptage des votes. Il est conseillé d'informer à l'avance les actionnaires qui comptera les votes (par exemple le président d CA et un actionnaire en présence du PDG, un notaire, etc.)
- Dès que possible : rédiger le procès-verbal et le faire parvenir aux actionnaires.

Il faut veiller à ce que les actionnaires soient joints (par écrit ou par voie électronique). Si nécessaire et dans des cas individuels concrets, les étapes ci-dessus peuvent être réparties ou regroupées.

Dans tous ces cas, une communication transparente avec les actionnaires est encore plus importante que d'habitude. Il est recommandé que les actionnaires soient informés le plus tôt possible de la procédure décidée et, le cas échéant, des raisons invoquées.

⁶ Sert à garantir le respect du droit des actionnaires de mettre des points à l'ordre du jour.

⁷ Sert à garantir le droit de proposer des points à inclure dans l'ordre du jour, que les actionnaires peuvent toujours exercer lors de l'assemblée générale.

Considérations et conseils pratiques

Si l'assemblée générale 2020 n'est pas tenue en face-à-face et ne peut, certainement dans la grande majorité des cas, être organisée comme une « assemblée générale virtuelle », il peut être conseillé sous certaines conditions de limiter l'assemblée générale aux points de l'ordre du jour qui sont requis par les statuts et la politique de l'entreprise. Les affaires qui, comme l'expérience le montre, donnent lieu à des discussions importantes ou entraînent des changements profonds peuvent, si nécessaire, être reportées à une assemblée générale ultérieure (extraordinaire ou ordinaire), à condition qu'il n'y ait pas d'impératifs temporels.

Il est conseillé de ne pas fixer de délais trop courts, ou au contraire trop longs lors de l'élaboration du calendrier. Si les délais sont trop courts, il y a un risque qu'un nombre important d'actionnaires ne puissent pas exercer leurs droits. Si le délai est trop long, les actionnaires risquent de ne pas s'engager à prendre leurs droits en mains et, en fin de compte, de ne pas les exercer. En particulier, dans les cas où les statuts prévoient un quorum minimum pour l'adoption des décisions, cela peut avoir pour conséquence que l'assemblée générale écrite/électronique de 2020 n'atteigne pas ce quorum.

La situation est nouvelle et inconnue de tous. Il est essentiel que le conseil d'administration veille à ce que les droits des actionnaires soient pleinement respectés à tout moment et qu'une communication active et transparente crée le niveau de confiance approprié au sein des actionnaires. Cela n'est pas seulement important pour l'assemblée générale annuelle 2020, mais indique également la voie à suivre pour les relations futures entre les actionnaires et le conseil d'administration.

Qu'est-ce qui s'applique aux coopératives et aux associations ?

Bien que l'article 6a de l'ordonnance 2 COVID-19 soit essentiellement adapté aux sociétés, à savoir les sociétés anonymes, la disposition doit cependant s'appliquer mutatis mutandis, par exemple, aux coopératives et aux associations qui ont situé la tenue de leurs assemblées ordinaires également au premier semestre de l'année. Elles peuvent également tenir leurs assemblées par écrit ou par voie électronique (avec un représentant indépendant, si nécessaire) dans les mêmes conditions et sans la disposition correspondante dans les statuts.

Ordonnance 2 COVID-19

Art. 6a Assemblées de sociétés

¹ 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 :

- a) par écrit ou sous forme électronique, ou
- b) par l'intermédiaire d'un représentant indépendant désigné par l'organisateur.

² L'organisateur est habilité à prendre cette décision durant toute la période visée à l'art. 12, al. 6. Il doit la notifier par écrit ou sous forme électronique au plus tard quatre jours avant l'assemblée.

Stefanie Meier-Gubser, membre du conseil consultatif du SwissBoardForum et partenaire advokatur56 ag, Berne

Le 25 mars 2020