

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 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 obligatoirement une manifestation présentielle au cours de laquelle les actionnaires exercent leurs droits. En raison de l'interdiction fédérale suite à la pandémie du coronavirus d'organiser des manifestations, de nombreuses sociétés se sont subitement trouvées dans l'impossibilité de tenir physiquement leur assemblée générale 2020, conformément à la loi et aux statuts. Mais depuis le 17 mars 2020, l'art. 6b (anciennement 6a) de l'ordonnance 2 COVID-19¹ du Conseil fédéral apporte une solution salvatrice pour cette période exceptionnelle et pour une durée limitée. Cette disposition a été remplacée par l'article 27 de la nouvelle ordonnance 3² COVID-19 depuis le 22 juin 2020. Il permet de tenir l'assemblée générale soit

- par écrit, par
- voie électronique (« assemblée générale virtuelle ») ou encore par
- l'intermédiaire d'un représentant indépendant désigné par l'organisateur.

Ordonnance 3 COVID-19

Art. 27 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. 29, al. 3 [31 août 2020]. Il doit la notifier par écrit ou sous forme électronique au plus tard quatre jours avant l'assemblée.

**Version du 19 juin 2020*

Le SwissBoardForum vous démontre 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.

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

² Ordonnance du 19 juin 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19), (Ordonnance 3 COVID-19, RS 818.101.24

Reporter ou maintenir ?

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).

☞ *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 27 de l'ordonnance 3 COVID-19, l'AG 2020 peut également se tenir par voie écrite ou électronique ou encore 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, électronique ou avec un représentant indépendant ou alors si elle doit être reportée. Il doit prendre cette décision au plus tard le 31 août 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 procédure correspondante doit être communiquée par écrit ou publiée électroniquement au moins quatre jours avant l'événement. La convocation de l'assemblée générale doit être publiée conformément à la loi et aux statuts, c'est-à-dire au moins 20 jours avant l'assemblée. Si la convocation a déjà été publiée, il n'est pas nécessaire de la publier à nouveau avec la spécification de la procédure par écrit, par voie électronique ou par procuration. La notification de la procédure est suffisante. Si l'assemblée n'a pas encore été convoquée, il est conseillé de faire la notification correspondante avec l'invitation.

³ Art. 699 al. 2 CO

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

⁵ Art. 27 p.r. à l'art. 29 al. 3 Ordonnance 3 COVID-19

↳ *Le conseil d'administration doit décider jusqu'au 31 août 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 (« assemblée générale virtuelle ») ou avec un représentant indépendant.

Si l'Assemblée générale 2020 doit se tenir sous forme écrite, électronique ou avec un représentant indépendant, 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 3 COVID-19 doivent être observées par les sociétés concernées) :

- Jusqu'au 31 août 2020 au plus tard : décision du conseil d'administration sur la tenue de l'assemblée générale 2020 par écrit, sous forme électronique ou avec un représentant indépendant (le représentant indépendant peut être désigné dans un deuxième temps après cette date).
- 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 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).

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

- Fixer un délai pour que les actionnaires puissent soumettre leurs propres propositions ou contre-propositions sur les points à l'ordre du jour⁷. (Cette étape n'est pas nécessaire si l'assemblée générale se tient virtuellement, car dans ce cas les propositions peuvent être soumises de la même manière pendant l'assemblée générale virtuelle que pendant la manifestation présentielle.
- Approbation de l'ordre du jour final (y compris les éventuelles contre-propositions) par le conseil d'administration. (N'est pas nécessaire pour l'AG virtuelle)
- Annonce de l'ordre du jour définitif ainsi que des documents et informations utiles aux décisions. (N'est pas nécessaire pour l'AG virtuelle)
- 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). (N'est pas nécessaire pour l'AG virtuelle)
- 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.). Important : au moins un préposé de la présidence (président du CA), une personne responsable du procès-verbal/décompte des voix, si nécessaire l'organe de révision et, dans le cas de points à l'ordre du jour devant être notariés publiquement, un notaire doivent être physiquement présents.
- 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.

Considérations et conseils pratiques

Si l'assemblée générale 2020 n'est pas tenue comme manifestation présentielle, il peut être utile, 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.

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.

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 27 de l'ordonnance 3 COVID-19 soit essentiellement adapté aux sociétés, à savoir les sociétés anonymes, la disposition s'applique cependant mutatis mutandis aux assemblées de toutes les formes juridiques, comme aux coopératives, Sàrl, sociétés en nom collectif ou en commandite et aux associations. 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.

Résumé succinct des points les plus importants

- En vertu de l'article 27 de l'ordonnance 3 COVID-19, l'assemblée générale 2020 (et les assemblées de toutes les sociétés, qui autrement doivent être tenues en manifestation présentielle) peut exceptionnellement être tenue par écrit, sous forme électronique (« assemblée générale virtuelle ») ou avec un représentant indépendant.
- La décision sur la manière dont l'AG sera tenue est à prendre par le conseil d'administration au plus tard le 31 août 2020. Les actionnaires pourront exercer leurs droits exclusivement par les canaux choisis par le conseil d'administration.
- Le droit de l'actionnaire de participer physiquement à l'assemblée générale est temporairement limité. Les autres droits légaux ou statutaires des actionnaires, tels que le droit de convoquer une assemblée générale, d'inscrire des points à l'ordre du jour, de soumettre des propositions et de voter, ne sont pas affectés par la restriction temporaire. Ils doivent être sauvegardés.
- Le conseil d'administration doit également déterminer les droits de vote (nombre, type, valeur nominale et catégorie des actions représentées) à l'assemblée générale par voie écrite/électronique (ou avec un représentant indépendant). Il doit veiller à ce que chaque participant puisse être clairement identifié.
- Il faut également tenir un procès-verbal de « l'assemblée générale COVID-19 », qui doit au moins satisfaire aux exigences légales de l'art. 702 CO.

Stefanie Meier-Gubser, membre du conseil consultatif du SwissBoardForum et partenaire Advokatur 56, Berne

Le 22 juin 2020