

REVUE LAMY

Droit des Affaires

DOSSIER

La tenue des assemblées générales des sociétés évolue

Jérôme BROSSET, Virginie DESBOIS, Philippe GUINOT, Alexis MARCHAND et Marie-Alix TROADEC

- Dissolution d'une société créée de fait : application du régime de la société en participation
Matthieu ZOLOMIAN
- Réforme des offres au public de titres : des effets « indirects » du règlement Prospectus en droit interne
Gautier CHAVANET
- Bail commercial : forme du congé triennal du preneur
Antoine NALLET
- Le régime locatif des boutiques éphémères
Pierre LEMAY

155 | MENSUEL
JANVIER 2020

RLDA 6881

La taille des entreprises : facteur de césure des règles relatives à l'information des associés

À l'heure de la clôture de l'exercice comptable de la majorité des sociétés françaises et de la préparation des assemblées générales annuelles, il semble utile de faire le point sur l'information des associés, au regard notamment de la taille de l'entreprise concernée et des récentes modifications législatives.



Marie-Alix
TROADEC
Avocat, cabinet
Cornet Vincent
Ségurel

Quelle est la place du droit d'information des associés dans les petites entreprises, que le législateur entend libérer de trop de contraintes ? Quel est l'impact de la réforme de l'audit légal sur le droit à l'information des associés ? *A contrario*, quelles sont les obligations à la charge des grandes entreprises en matière d'information de leurs associés ? La taille de l'entreprise est-il le seul facteur de distinction du degré d'information de l'associé ?

Dans la présente tribune, nous évoquerons le droit à l'information des associés ou actionnaires des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés par actions simplifiées et des sociétés anonymes, hors sociétés admises sur un marché réglementé, à l'occasion de l'assemblée annuelle.

I. — L'information des associés dans les petites entreprises

A. — Le rapport de gestion

→ *En l'absence de dispense*

Selon l'article L. 232-1 du code de commerce, applicable à toutes les sociétés commerciales, à la clôture de chaque exercice, les dirigeants doivent établir un rapport de gestion écrit, qui expose la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible, les événements importants survenus entre la date de la clôture de l'exercice et la date à laquelle il est établi, ses activités en matière de recherche et de développement. Il y est également fait mention des succursales existantes.

D'autres mentions sont également imposées aux sociétés commerciales : celles relatives aux participations⁽¹⁾, aux dividendes versés au cours des trois derniers exercices⁽²⁾, aux injonctions ou sanctions pécuniaires pour des pratiques anticoncurrentielles prononcées par l'Autorité de la concurrence⁽³⁾.

D'autres mentions sont également obligatoires en fonction de la forme de la société. Dans les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, le rapport devra décrire la situation de la société (notamment l'analyse objective et exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de la société avec indicateurs de performance de nature financière et non financière, la description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée⁽⁴⁾).

Le rapport des sociétés par actions simplifiée et des sociétés anonymes devra contenir des mentions spécifiques relatives à leurs actions et valeurs mobilières.

Le rapport de gestion de la société anonyme devra mentionner l'état de la participation des salariés au capital social au dernier jour de l'exercice⁽⁵⁾ et certaines mentions spécifiques pour les sociétés exploitant une installation classée susceptible de créer des

(1) C. com., art. L. 233-6.

(2) CGI, art. 243 bis.

(3) C. com., art. L. 464-2, I al. 5.

(4) C. com., art. L. 225-100-1 et L. 223-26.

(5) C. com., art. L. 225-102 al. 1.

risques importants pour la santé et la sécurité des populations voisines pour l'environnement⁽⁶⁾.

Si la société est dotée d'un commissaire aux comptes, le rapport de gestion doit comporter des informations sur les délais de paiement des fournisseurs et des clients de la société⁽⁷⁾ et le montant des prêts à moins de trois ans consentis par la société⁽⁸⁾.

La loi PACTE unifie les conditions de nomination des commissaires aux comptes et relève les seuils antérieurement prévus pour les SAS et SARL

Comme vu ci-dessus, l'obligation d'information des petites entreprises en matière de responsabilité sociétale et environnementale demeure pour l'instant assez succincte, sauf statut particulier comme celui de la société à mission instaurée par la loi PACTE⁽⁹⁾.

→ La dispense de rapport de gestion

Certaines petites entreprises sont dispensées de l'obligation d'établir un rapport de gestion.

Les seuils visant à qualifier une société de petite entreprise ont été modifiés par décret du 29 mai 2019. Une société répond à la définition de petite entreprise si elle ne dépasse pas à la clôture de l'exercice, deux des trois seuils suivants : total du bilan : 6 millions d'euros ; montant net du chiffre d'affaires : 12 millions d'euros ; nombre moyen de salariés au cours de l'exercice : 50⁽¹⁰⁾.

Plusieurs types de sociétés, bien qu'en deçà des seuils, ne peuvent cependant pas bénéficier de cette dispense, notamment celles dont l'activité consiste à gérer des titres de participation ou des valeurs mobilières⁽¹¹⁾.

Mais encore faut-il que les statuts de la société ne rendent pas obligatoire l'établissement du rapport de gestion ou que ceux-ci soient modifiés, le cas échéant.

Faut-il en conclure que l'information des associés à l'occasion des assemblées générales annuelles dans les petites entreprises dispensées de l'établissement d'un rapport de gestion est nulle ?

(6) C. com., art. L. 225-102-2.

(7) C. com., art. L. 441-14.

(8) C. mon. fin., art. L. 511-6.

(9) C. com., art. L. 210-10 et s.

(10) C. com., art. L. 123-16 et D. 123-200.

(11) C. com., art. L. 232-1, IV et L. 123-16-2.

B. — Le droit d'information de l'associé en cas de dispense de rapport de gestion

→ En SARL

L'associé de SARL doit se voir communiquer 15 jours avant l'assemblée générale un certain nombre de documents : les comptes annuels comprenant l'annexe, dans laquelle il pourra trouver de précieuses informations, le texte des résolutions proposées, le texte des motifs, ainsi que le cas échéant le rapport du commissaire aux comptes. L'inventaire doit être tenu à sa disposition au siège social.

Il pourra en outre poser des questions écrites auxquelles le gérant sera tenu de répondre au cours de l'assemblée. Il pourra également prendre connaissance au siège social de ces documents pour les trois derniers exercices⁽¹²⁾.

→ En SA

L'actionnaire de société anonyme semble bien mieux loti en matière de droit à l'information. Il pourra obtenir sur demande dans le cadre de l'assemblée générale annuelle, outre les documents susvisés pour les SARL, le tableau des résultats, le rapport sur le gouvernement d'entreprise, un exposé sommaire de la situation de la société au cours de l'exercice écoulé, même en cas de dispense de rapport de gestion, les rapports du commissaire aux comptes, un rapport du président du conseil d'administration ou de surveillance sur les conventions réglementées en l'absence d'un commissaire aux comptes chargés d'un audit classique des comptes, les informations sur les mandataires de la société⁽¹³⁾.

Il pourra par ailleurs prendre connaissance des rapports sur les opérations réalisées par la société ou par les sociétés qui lui sont liées au titre (i) des options d'achat ou de souscription d'actions réservées au personnel salarié et aux dirigeants et (ii) de l'attribution gratuite d'actions au personnel salarié et aux dirigeants⁽¹⁴⁾.

Il pourra en outre consulter au siège social, la liste des actionnaires et, si la société est dotée d'un commissaire aux comptes en charge d'un audit classique des comptes, le montant global des rémunérations versées aux 10 ou 5 personnes les mieux rémunérées, le montant global des versements effectués en application des 1 et 4 de l'article 238 bis du CGI, la liste des actions nominatives de parrainage et de mécénat réalisé par la société⁽¹⁵⁾.

Il pourra également consulter au siège social la plupart de ces documents pour les trois derniers exercices dans le cadre de son droit de communication permanent outre les

(12) C. com., art. 223-26.

(13) C. com., art. R. 225-83.

(14) C. com., art. L. 225-184, L. 225-197 -4 et 5.

(15) C. com., L. 225-115 4° et 5°.

procès-verbaux des assemblées et les feuilles de présence à ces assemblées.

Il pourra enfin, dans les conditions des articles L. 225-231 et L. 225-232 du code de commerce, poser des questions écrites au dirigeant et demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

→ En SAS

L'associé de SAS est quant à lui soumis au droit d'information prévu par les statuts, la plupart des règles relatives aux sociétés anonymes ne lui étant pas applicables.

La SAS sera toutefois tenue d'établir les rapports susvisés sur les opérations réalisées par la société ou par les sociétés qui lui sont liées au titre (i) des options d'achat ou de souscription d'actions réservées au personnel salarié et aux dirigeants et (ii) de l'attribution gratuite d'actions au personnel salarié et aux dirigeants.

L'associé de SAS pourra également poser des questions écrites et demander la désignation d'un expert sur une ou plusieurs opérations de gestion, comme en SA.

Il n'en demeure pas moins que l'associé de SAS devra avoir été mis en mesure de voter aux assemblées en connaissance de cause, mais son degré d'information dépendra des stipulations statutaires.

En définitive, en cas de dispense du rapport de gestion accordée aux petites entreprises, le droit d'information résiduel de l'associé dépendra essentiellement de la forme de la société.

II. — La réforme de l'audit légal : quel impact sur le droit d'information des associés ?

A. — Les conditions de nomination des commissaires aux comptes

Rappelons qu'antérieurement à la loi *PACTE*, toutes les sociétés anonymes étaient tenues de nommer au moins un commissaire aux comptes et que pour les SAS et les SARL, les seuils de nomination étaient différenciés⁽¹⁶⁾.

La loi *PACTE* unifie les conditions de nomination des commissaires aux comptes et relève les seuils antérieurement prévus pour les SAS et SARL⁽¹⁷⁾.

(16) Pour la SAS, total du bilan : 1 million d'euros ; chiffre d'affaires hors taxes : 2 millions d'euros ; nombre moyen de salariés : 20. Pour les SARL, ces chiffres étaient respectivement de 1 500 000 € ; 3 100 000 € : 50.

(17) C. com., art. L. 823-1 et s.

→ Le principe

Les seuils applicables aux sociétés commerciales pour la nomination d'au moins un commissaire aux comptes sont désormais les suivants : total du bilan : 4 millions d'euros ; chiffre d'affaires hors taxes : 8 millions d'euros ; nombre moyen de salariés : 50, cette obligation de nomination s'appliquant lorsque deux de ces trois seuils sont dépassés à la clôture d'un exercice.

Les sociétés concernées sont tenues de désigner un commissaire aux comptes pour une durée de six ans et dont la mission correspondra à un « audit classique », en opposition à l'« audit légal petites entreprises ».

Toutefois, soulignons que certaines sociétés demeurent tenues de nommer un commissaire aux comptes quelle que soit leur taille, comme les entités d'intérêt public ou les entités astreintes à publier des comptes consolidés.

→ Les sociétés membre d'un petit groupe

Par ailleurs, deux autres cas de nomination sont prévus :

Les sociétés contrôlantes, qui forment avec les sociétés qu'elles contrôlent, un ensemble qui dépasse deux des trois seuils susvisés, sont également tenues de désigner un commissaire aux comptes sauf si cette société est elle-même contrôlée par une société qui a désigné un commissaire aux comptes.

Les sociétés contrôlées doivent elles-mêmes désigner un commissaire aux comptes si elles dépassent à la clôture d'un exercice deux des trois seuils suivants : total de bilan : 2 millions d'euros ; montant du chiffre d'affaires hors taxes : 4 millions d'euros ; nombre moyen de salariés : 25.

Ces sociétés pourront opter pour une limitation du mandat du commissaire aux comptes à trois ans, et dans ce cas, la mission de celui-ci correspondra à l'« audit légal petites entreprises », qui pourra également être adopté de façon volontaire par les sociétés ne dépassant pas les seuils.

B. — L'« audit légal petites entreprises »

Dans le cadre de l'« audit légal petites entreprises », le commissaire aux comptes est dispensé de :

- certaines mentions dans le rapport sur les comptes annuels : les prises de participation de la société et les informations relatives à l'identité des personnes physiques ou morales détenant le capital social ou les droits de vote et à l'autocontrôle ;
- certains rapports dans le cadre de l'assemblée générale d'approbation des comptes : rapport sur les conventions réglementées, rapport sur le gouvernement d'entreprise, rapport en l'absence d'établissement des documents de gestion prévisionnelle par la société ;
- certains rapports dans le cadre des assemblées générales extraordinaires, comme le rapport relatif à l'appréciation sur les causes et conditions de la réduction

de capital dans les SARL ou le rapport sur la suppression du droit préférentiel de souscription dans les sociétés par actions⁽¹⁸⁾.

En cela, le droit d'information des associés apparaît plus restreint que dans l'audit légal classique.

Toutefois, le commissaire aux comptes reste tenu d'établir le rapport sur les comptes annuels et doit désormais rédiger un rapport identifiant les risques financiers, comptables et de gestion auxquels la société est exposée. Lorsque le commissaire aux comptes est nommé par la société mère d'un petit groupe, ce rapport porte sur l'ensemble que la société forme avec les sociétés qu'elle contrôle.

Soulignons que ce rapport sur les risques n'existe pas dans l'audit légal classique. Sur ce point, l'« audit légal petites entreprises » va donc plus loin que l'« audit légal classique » en matière d'information des associés.

III. — L'information des associés dans les grandes sociétés non admises aux négociations sur un marché réglementé

Des obligations complémentaires sont à la charge des sociétés plus importantes :

A. — Mentions complémentaires dans le rapport de gestion en matière de RSE applicables aux SA

→ La déclaration de performance extra financière

Les sociétés anonymes dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé mais dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires net excèdent 100 millions d'euros et dont le nombre moyen de salariés permanents est supérieur à 500 au cours de l'exercice, doivent insérer dans leur rapport de gestion une déclaration de performance extra financière.

Les sociétés qui établissent des comptes consolidés doivent publier cette déclaration, pour l'ensemble des sociétés comprises dans le périmètre de consolidation, lorsque celui-ci excède les seuils ci-dessus mentionnés.

Cette déclaration présente des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, à savoir « des informations relatives aux conséquences sur le chan-

gement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit, à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire, de la lutte contre le gaspillage alimentaire, de la lutte contre la précarité alimentaire, du respect du bien-être animal et d'une alimentation responsable, équitable et durable aux accords collectifs conclus dans l'entreprise et à leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés, aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités et aux mesures prises en faveur des personnes handicapées »⁽¹⁹⁾.

L'article R. 225-105 du code de commerce quant à lui nous donne une liste détaillée et très complète de toutes les mentions que cette déclaration de performance extra financière doit comprendre, en matière de risques, d'information sociale, environnementale et sociétale.

Ces informations doivent être vérifiées par un organisme tiers indépendant dont le rapport est transmis aux actionnaires. Son rapport doit comprendre un avis motivé sur la conformité de la déclaration aux mentions devant y figurer et sur la sincérité des informations fournies.

Le législateur a souhaité que ces informations soient facilement accessibles puisqu'elles doivent également faire l'objet d'une publication sur le site Internet de la société⁽²⁰⁾.

→ Plan de vigilance

Les sociétés anonymes employant, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins 5 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises directes ou indirectes ou au moins 10 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises et étrangères directes ou indirectes doivent établir un plan de vigilance.

Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnables propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celle des sociétés qu'elle contrôle, directement ou indirectement ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation⁽²¹⁾.

Il convient de souligner que la déclaration de performance extra-financière et le plan de vigilance ne sont pas obligatoires dans les sociétés par actions simplifiées.

(18) C. com., art. L. 823-12-1, al. 2 : Le commissaire aux comptes est dispensé de la réalisation des diligences et rapports mentionnés aux articles L. 223-19, L. 223-27, L. 223-34, L. 223-42, L. 225-40, L. 225-42, L. 225-88, L. 225-90, L. 225-103, L. 225-115, L. 225-135, L. 225-235, L. 225-244, L. 226-10-1, L. 227-10, L. 232-3, L. 232-4, L. 233-6, L. 233-13, L. 237-6 et L. 239-2 du code de commerce.

(19) C. com., art. L. 225-102-1, tel que modifié par la loi du 30 octobre 2018.

(20) C. com., art. R. 225-105.

(21) C. com., art. L. 225-102-4, modifié par l'ordonnance du 12 juillet 2017.

B. — Établissement et communication aux associés de documents complémentaires

→ *Le bilan social*

Les sociétés par actions d'au moins 300 salariés doivent mettre à la disposition des associés le dernier bilan social et le cas échéant, le bilan social particulier à chaque établissement d'au moins 300 salariés, accompagné de l'avis du comité d'entreprise ou du comité social économique⁽¹⁾.

→ *L'établissement de comptes consolidés*

Les sociétés commerciales à la tête d'un groupe doivent en principe établir et publier des comptes consolidés, sauf lorsque l'ensemble ne dépasse pas deux des trois seuils suivants : 24 millions d'euros de total de bilan ; 48 millions d'euros de chiffre d'affaires hors taxes ; 250 salariés employés en moyenne.

Les dirigeants de la société consolidante doivent établir un rapport sur la gestion du groupe qui sera communiqué aux associés avec les comptes consolidés, dans les mêmes conditions que les comptes annuels, en fonction de la forme de la société comme vu précédemment.

Conclusion

Si la taille de l'entreprise est bien sûr un facteur de distinction du degré d'information des associés, le législateur imposant plus de contraintes en la matière aux grandes entreprises, la forme de la société est également déterminante, les actionnaires de société anonyme étant largement privilégiés par rapport aux associés de SARL et de SAS et l'écart se creusant au regard des évolutions législatives récentes. ■

(1) C. trav., art. L. 2312-32.

L'impact du numérique

À l'heure où le monde du droit et, plus spécifiquement, celui des avocats et juristes d'entreprise se préoccupe (*enfin*) de sa digitalisation et a les yeux rivés sur l'émergence des *legaltechs* (dernièrement : 3^e Nuit des *legaltechs* organisée par l'incubateur du Barreau de Paris le 19 novembre 2019 et 4^e Village de la *legaltech* les 26 et 27 novembre 2019), il convient de faire un état des lieux de la pratique actuelle en terme de numérisation de la tenue des assemblées générales des sociétés (cotées et non cotées), telle que cette numérisation est envisagée et permise par les règles européennes et françaises. Cet état des lieux est nécessaire avant de brièvement s'interroger sur l'état actuel de l'impact du numérique en droit des sociétés et réfléchir aux évolutions futures de la pratique compte tenu de l'adoption des dernières règles (européennes et nationales) relatives à la modernisation du droit des sociétés et à l'organisation des assemblées générales.

Le choix du numérique pour l'expression du vote en assemblée, s'il n'est pas nouveau, semble connaître un succès mesuré depuis sa mise en place. Cependant, les avancées technologiques et réglementaires semblent annoncer une amélioration de la pratique et favoriser la participation des actionnaires aux assemblées avec l'assistance de ces moyens numériques / digitaux. Enfin, il convient de s'interroger sur le sort réservé à l'*affectio societatis* par les *legaltechs* dont l'objet premier est de faciliter l'utilisation du numérique dans le traitement des assemblées générales et pas nécessairement de favoriser l'expression de l'*affectio societatis*.

I. — Le vote en assemblée générale par des moyens électroniques : un impact numérique mesuré pour les sociétés cotées

Concernant la tenue des assemblées générales, doivent être distingués le vote par correspondance, qui est reçu par l'émetteur avant l'assemblée générale pour être pris en compte, du vote par visio-conférence ou par des moyens de télécommunication disponibles durant l'assemblée générale envisagé au début des années 2000 par l'article L. 225-107 du code de commerce. C'est ce dernier type de vote que l'on entendra ici comme l'application du numérique lors des assemblées générales.

L'utilisation du numérique existe donc déjà depuis déjà un certain temps et son impact a été renforcé pour les sociétés cotées puisque, dans sa directive n° 2007/36/CE (dite « *Droits des actionnaires* »), le Parlement européen prévoyait l'obligation pour les États membres de permettre aux actionnaires des sociétés de participer de manière électronique aux assemblées générales. On comprend que l'un des buts poursuivis par cette directive était, pour les actionnaires éloignés géographiquement, de pouvoir exercer leurs droits de vote de manière transfrontalière sans avoir à se déplacer physiquement et ainsi permettre, au sein de sociétés de taille certaine, l'expression par l'ensemble des actionnaires de leurs droits politiques et ainsi de rendre le contrôle des sociétés cotées plus effectif.

Ce renforcement a trouvé son expression en droit français dans l'article R. 225-61 du code de commerce, né de la transposition de la directive *Droits des actionnaires*. Cet article crée une nouvelle condition au vote par visioconférence ou par des moyens électroniques au sein des sociétés cotées (en plus de la condition de l'inscription expresse de ce moyen de vote dans les statuts de l'émetteur) : l'aménagement d'un site exclusivement consacré à ces fins.

L'article R. 225-98 du code de commerce précise que les actionnaires qui exercent leurs votes par voie électronique doivent s'identifier sur le site prévu à cet effet qu'après s'être identifiés « *au moyen d'un code fourni préalablement à la séance* ».



Philippe GUINOT
Avocat, cabinet
Cornet Vincent
Ségurel



Alexis
MARCHAND
Avocat, cabinet
Cornet Vincent
Ségurel

En pratique

Le vote en assemblée par des moyens électroniques de télécommunication est donc possible si :

1. les statuts de la société le prévoient (articles L. 223-27 al. 3 et L. 225-107, II du code de commerce) ;
2. la société a aménagé un site à cet effet (articles R. 223-20-1 et R. 225-61 du code de commerce) ; et
3. un code d'identification est fourni aux actionnaires préalablement à la tenue de l'assemblée (articles R. 223-20-1 et R. 225-98 du code de commerce).

Cependant, en pratique, cette possibilité de tenir des assemblées de « manière électronique » est à relativiser car elle est source de difficultés pour les sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé.

Cette difficile application du numérique par les sociétés cotées s'explique notamment, du côté des émetteurs, par la difficulté à identifier leurs actionnaires. En effet, une multiplicité d'intermédiaires financiers se trouvent très souvent entre l'actionnaire et l'émetteur. Le site déployé par la société en application des dispositions de l'article R. 225-61 du code de commerce, ou par son prestataire, doit en effet permettre de garantir une authentification suffisante de l'actionnaire, ce qui est loin d'être aisé, la société ayant elle-même du mal à identifier cet actionnaire.

En pratique, le coût des prestataires proposant de tels sites et les nombreuses erreurs sur le décompte des voix pourraient également constituer un frein au développement du vote par des moyens électroniques de télécommunication⁽²⁾.

Enfin, du côté de l'actionnaire, la facilitation de l'usage de ces moyens n'est pas forcément au rendez-vous. En effet, les procédures à suivre pour exprimer son vote de manière électronique à l'assemblée ne sont pas toujours évidentes. Par ailleurs, toutes les sociétés ne le proposent pas et certaines l'écartent explicitement :

Gaztransport et Technigaz, extrait de l'avis de réunion en date du 9 octobre 2019 : « Il est précisé que le Conseil d'administration n'a pas adopté de résolution permettant aux actionnaires, pour cette Assemblée générale, de demander une carte d'admission, de transmettre leurs instructions de vote, ou de désigner ou révoquer un mandataire, par Internet sur une plateforme de vote sécurisée. En conséquence, aucun site visé à l'article R. 225-61 du code de commerce ne sera aménagé à cette fin ».

(2) Les Echos, La place de Paris mobilisée pour fiabiliser les votes aux AG, L. Boisseau, 25 févr. 2019.

L'Autorité des marchés financiers (« AMF »), consciente de ces difficultés, porte une attention particulière à la capacité des actionnaires d'exercer leurs droits de vote aux assemblées. À ce titre, l'AMF a recommandé aux émetteurs de rendre plus lisibles les modalités de participation aux assemblées générales. Elle plaide pour une transparence quant aux frais facturés par les teneurs de comptes-conserveurs et une suppression des frais lié à l'inscription au nominatif des titres au porteur attribués par l'émetteur aux actionnaires déjà détenteurs de titres nominatifs qui en auraient fait la demande à l'occasion d'une augmentation de capital ou de tout autre opération sur titre. L'AMF fait le constat que ces frais dissuaderaient les actionnaires concernés de participer aux assemblées générales.

Les recommandations de l'AMF font échos à l'adoption le 4 avril 2017, par le Conseil européen, d'une nouvelle version de la directive *Droit des actionnaires*, et ont été formulées dans l'attente de la transposition de cette directive en droit français.

Cette transposition est prévue avant septembre 2020 pour ce qui concerne les relations entre les émetteurs et leurs actionnaires, principalement en ce qui concerne l'exercice des droits politiques de ces derniers. La directive encourage la communication directe des émetteurs aux actionnaires en améliorant la transmission d'informations à travers la chaîne d'intermédiaires financiers. Pour ce faire, la directive impose aux intermédiaires financiers de communiquer l'identité des actionnaires aux émetteurs qui le demandent.

En attendant, l'AMF a recommandé l'élaboration d'un « Guide méthodologique de traitement des votes en assemblée générale » - guide que s'est proposée de rédiger l'Association Française des Professionnels des Titres (AFTI).

II. — Le vote en assemblée générale par des moyens électroniques : un impact numérique se généralisant pour les sociétés non cotées

Si l'on semble encore loin d'une adoption systématique du vote électronique au sein des assemblées des sociétés cotées, la participation par visioconférence aux assemblées générales des sociétés non cotées est, quant à elle, plus facilement envisageable et peut même être systématisée sous certaines conditions.

D'un point de vue purement juridique, l'article L. 223-27 alinéa 3 du code de commerce, applicable aux sociétés à responsabilité limitée, prévoit, en effet, que « lorsque les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les associés qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification ».

Cette possibilité est également offerte :

1. aux sociétés anonymes (article L. 225-107 du code de commerce) ;
2. aux sociétés par actions simplifiées dont les statuts déterminent librement les conditions et les formes dans lesquelles sont prises les décisions collectives des associés ; et
3. aux associations et aux groupements d'intérêts économiques pour lesquels rien n'interdit de fixer librement les conditions et formes de la consultation des associés.

Les conditions nécessaires à la participation et au vote électronique aux assemblées générales de toutes ces sociétés restent les mêmes que celles applicables aux sociétés cotées (v. encadré pratique ci-dessus § 1). Par exception, l'article L. 227-1 du code de commerce permet aux sociétés par actions simplifiées de déterminer librement les conditions et les formes dans lesquelles sont prises les décisions collectives des associés. Il est donc possible de penser que la mise en place d'un site consacré n'est pas un prérequis nécessaire à la tenue d'une assemblée générale par visioconférence pour les sociétés par actions simplifiées. Néanmoins, l'identification des associés présents ou représentés à l'assemblée générale reste nécessaire d'un point de vue probatoire et la pratique devrait conserver cette exigence à cet effet notamment.

Contrairement aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, la propriété des titres des sociétés non cotées résulte de leur inscription dans les statuts de la société (SARL) ou dans un registre des mouvements de titres (papier ou dématérialisé) tenu dans la majorité des cas directement par la société (SA, SAS). Par conséquent, l'identification des actionnaires participants aux assemblées générales est moins difficile que dans les sociétés cotées et les moyens techniques à mettre en œuvre sont moins lourds pour l'authentification de cet actionnaire.

En pratique

Exemple de clause à insérer dans les statuts :

« article [...] - Modalités des décisions collectives des actionnaires

Au choix du Président, les décisions collectives des actionnaires sont prises en assemblée, réunie au besoin par vidéoconférence ou correspondance téléphonique dans la mesure où :

- la Société a mis en place un site dédié à ce moyen de réunion ; et

- l'actionnaire a accès à ce site au moyen d'un code fourni préalablement à l'assemblée »

Concernant les sociétés anonymes non cotées plus particulièrement, l'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017 est allée encore plus loin en permettant dorénavant que les assemblées générales soient tenues exclusivement par visioconférence. Le nouvel article L. 225-103-1 du code de commerce prévoit, en effet, que « dans les sociétés dont

les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir que [...] les assemblées générales extraordinaires [...] et les assemblées générales ordinaires [...] sont tenues exclusivement par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant l'identification des actionnaires ».

Toutefois, pour certaines assemblées générales extraordinaires (notamment celles prévoyant à leur ordre du jour des modifications statutaires), un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social peut/peuvent s'opposer à ce qu'il soit recouru à la tenue d'une assemblée générale par visioconférence exclusivement. Dans l'hypothèse d'une telle opposition, l'assemblée générale sera alors obligée de se réunir physiquement.

En pratique, cette possible opposition s'explique par le fait que certaines décisions structurantes pour la société nécessitent d'être discutées lors d'une assemblée générale tenue physiquement afin de permettre aux actionnaires qui le souhaitent de faire part de vive voix de leur position, laquelle serait plus difficile à exprimer par voie numérique.

Ce besoin pour les actionnaires de se rencontrer au moins une fois par an et pour toutes les décisions importantes est l'une des expressions de l'*affectio societatis* dont la consistance s'amointrit au fur et à mesure des évolutions législatives et réglementaires et de l'apparition de nouveaux acteurs qui ont en commun une tendance généralisée au « tout numérique ».

III. — Orientations législatives : vers des assemblées générales entièrement numériques ?

En plus de la volonté européenne et du régulateur d'améliorer l'expression numérique du pouvoir politique des actionnaires des sociétés cotées et de la volonté du législateur d'appliquer ce modèle aux sociétés non cotées, voire de le systématiser pour les sociétés anonymes, on remarque une tendance généralisée à la numérisation du suivi juridique des sociétés.

En effet, encore récemment, le décret n° 2019-1118 du 31 octobre 2019, publié le 3 novembre 2019 et entré en vigueur le jour suivant, permet aux sociétés commerciales et civiles de tenir de manière dématérialisée leurs registres de délibérations. Ce décret est la continuation logique de la création, par l'ordonnance n° 2017-1674 du 8 décembre 2017, du dispositif d'enregistrement électronique partagé (DEEP) qui permet la représentation et la transmission de titres financiers au moyen de la technologie « blockchain ». Le décret du 31 octobre prévoit, pour sa part, que certaines sociétés commerciales, dont les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, peuvent tenir leur registre des délibérations de leurs actionnaires ou associés (ainsi que le registre des décisions de certains autres organes de gouvernance, selon la forme de la société) de manière dématérialisée.

De plus, depuis l'entrée en vigueur de ce décret, les procès-verbaux des sociétés peuvent être signés de manière électronique à condition que cette signature électronique réponde aux exigences de l'article 26 du règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur.

En pratique

Une signature électronique doit répondre aux exigences suivantes :

- a) être liée au signataire de manière univoque ;*
- b) permettre d'identifier le signataire ;*
- c) avoir été créée à l'aide de données de création de signature électronique que le signataire peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif ; et*
- d) être liée aux données associées à cette signature de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.*

La compilation de toutes ces évolutions légales et réglementaires, du fonctionnement des sociétés par actions simplifiées (qui peuvent dans une certaine mesure s'affranchir de la rigueur technique imposée par ces évolutions pour n'en garder que la flexibilité) et de la disruptivité des *legaltechs* envahissant le marché pourrait conduire les associés des sociétés à ne plus se voir et à suivre les assemblées générales depuis leurs smartphones.

Reste alors la question de savoir si, dans ces conditions, l'*affectio societatis* qui est l'un des piliers de l'organisation sociétaire ne risque pas de disparaître ou, à tout le moins, a vocation à évoluer dans sa définition et son expression compte tenu des progrès techniques actuels. ■