

I. Contexte et problématique

Le droit positif suisse requiert en principe la présence physique des détenteurs de droits sociaux à l'assemblée générale de la société. Typiquement, en vertu du droit commercial (art. 699 CO), l'assemblée générale ordinaire d'une société se réunit (physiquement) une fois par année et adopte les décisions qui sont de son ressort. En effet, contrairement à ce qui vaut par exemple pour le conseil d'administration (art. 713 al. 2 CO), l'assemblée générale ne peut pas prendre de décision par voie de circulation.

Le 28 février 2020, le Conseil fédéral a décrété l'état de « situation particulière » au sens de la Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies ; RS 818.101) et, cela fait, il a interdit les manifestations publiques ou privées accueillant simultanément plus de 1000 personnes. Par la suite, le seuil du nombre de personnes a été abaissé à 100 puis à 5 personnes. En l'état actuel, cette interdiction de rassemblements n'est toujours pas levée.

Il résulte notamment de cette interdiction que les assemblées générales de sociétés ne peuvent plus être tenues dès lors que le nombre de personnes attendu excède 5.

II. Mesure urgente adoptée

Dans ce contexte, le Conseil fédéral a adopté la disposition suivante :

Art. 6b⁵⁹ 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. 8.⁶⁰ Il doit la notifier par écrit ou la publier sous forme électronique au plus tard quatre jours avant l'assemblée.

Cette disposition, intégrée à l'Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (Ordonnance 2 COVID-19 ; RS 818.101.24), est en vigueur depuis le 27 avril 2020 ; à la suite d'une renumérotation des articles de l'ordonnance, elle correspond à l'article 6a, dont la teneur était identique, lui-même précédemment en vigueur depuis le 17 mars 2020 jusqu'au 27 avril 2020. L'article 6b de l'Ordonnance précitée tend à permettre aux participants d'exercer leurs droits tout en respectant les exigences de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) en matière d'hygiène et de distance sociale. Les intéressés sont ainsi temporairement privés du droit de participer physiquement à l'assemblée générale mais ladite assemblée peut néanmoins se tenir, ce qui évite de bloquer la société jusqu'à la fin de la période de la crise sanitaire.

III. Commentaire

A. Champ d'application

i. Matériel

Cette réglementation dérogatoire introduite dans l'Ordonnance 2 COVID-19 s'applique aux assemblées de sociétés. Outre les sociétés de capitaux telles que les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, sont également considérées comme des sociétés, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandites, les sociétés coopératives et par extension, les associations et assemblées des propriétaires par étages.

Elle s'applique à tous les points de l'ordre du jour sans exception, y compris donc aux décisions nécessitant la forme authentique.

ii. Temporel

Depuis le 17 mars 2020 et tant que l'art. 6b Ordonnance 2 COVID-19 sera en vigueur, les sociétés peuvent faire usage des facultés instaurées par cet article. Le moment où se déroule effectivement l'assemblée générale est sans incidence. A supposer que l'art. 6b de l'Ordonnance soit abrogé entre le moment où la société a déclaré recourir à cette disposition et le moment où se tient l'assemblée, la société peut faire usage des facultés offertes par cet art. 6b. La portée temporelle de la disposition s'étendra ainsi au-delà de son abrogation.

B. Modalités pratiques

i. Convocation

Les dispositions ordinaires du CO (délai de convocation de 20 jours notamment, art. 700 al. 1 CO) ainsi que les dispositions statutaires continuent à s'appliquer. Si l'assemblée générale n'a pas encore été formellement convoquée, il est conseillé d'inclure directement dans la convocation les communications qui se rapportent à l'usage de l'art. 6b de l'Ordonnance 2 COVID-19.

Lorsque l'assemblée générale a déjà été valablement convoquée, une nouvelle convocation n'est pas nécessaire, mais l'usage de l'art. 6b Ordonnance 2 COVID-19 doit être notifié par écrit ou publié sous forme

électronique au plus tard quatre jours avant l'assemblée. A cet égard, seule est pertinente la date d'émission de la notification ou de la publication et non la date de réception de celle-ci par le participant.

On relèvera que, selon le texte de l'Ordonnance, c'est « organisateur d'une assemblée de société » qui prend la décision d'appliquer l'art. 6b. Il s'agit donc soit du conseil d'administration de la SA, ou des gérants d'une Sàrl, ou du comité d'une association par exemple. Les participants à l'assemblée ne peuvent pas s'opposer à cette décision.

ii. Tenue d'une « assemblée résiduelle »

En vertu de la disposition nouvellement adoptée, l'assemblée générale a lieu sans droit de participation physique des détenteurs de droits sociaux. Cela étant, un président (membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration), un secrétaire/scrutateur, le cas échéant, un représentant indépendant, et un notaire pour les décisions nécessitant la forme authentique, doivent impérativement y assister si bien que la tenue d'une « assemblée résiduelle » perdure ; cette interprétation, restrictive, est celle proposée par l'Office fédéral de la justice. Il est vrai cette assemblée résiduelle réunit moins de 5 personnes, mais on ne voit pas, a priori, ce qui empêcherait également ces personnes d'assister à l'assemblée générale par voie électronique (cf. ci-dessous), du moins lorsque c'est cette variante organisationnelle qui est retenue.

iii. Variantes organisationnelles

a) Assemblée générale « sous forme électronique »

L'art. 6b Ordonnance 2 COVID-19 permet l'exercice des droits « sous forme électronique ». Tous les participants doivent alors se réunir en même temps électroniquement. Il doit être assuré que chaque participant soit authentifié et qu'il puisse s'exprimer durant l'assemblée générale, entendre les votes des autres participants et exercer ses droits ; l'exigence d'un visuel n'est pas prescrite.

b) Assemblée générale « par écrit »

L'art. 6b Ordonnance 2 COVID-19 autorise l'exercice des droits « par écrit ». Légalement, la forme écrite requiert alternativement une signature manuscrite (art. 14 al. 1 CO) ou une signature électronique qualifiée au sens de la loi du 18 mars 2016 sur la signature électronique (art. 14 al. 2bis CO). Un vote par e-mail n'est donc pas admis.

c) Assemblée générale « par l'intermédiaire d'un représentant indépendant désigné par l'organisateur »

Le représentant indépendant est une personne désignée par la société mais qui ne dépend pas d'elle. Il vote selon les instructions des détenteurs de droits sociaux qui lui donnent procuration. Lorsqu'il n'a reçu aucune instruction, il s'abstient.

En vertu de l'Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ci-après : ORAb ; RS 221.331) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014, les sociétés cotées en bourse ont déjà l'obligation de désigner un représentant indépendant auquel les actionnaires peuvent confier leurs instructions de vote.

Pour les sociétés non cotées, la désignation d'un représentant indépendant n'est pas obligatoire. Une telle désignation peut trouver un sens nouveau avec la crise sanitaire actuelle.

En effet, avec l'adoption de l'art. 6b Ordonnance 2 COVID-19, les participants peuvent exceptionnellement être obligés d'exercer leurs droits, y compris celui d'obtenir des renseignements et des informations et de faire des propositions, par l'intermédiaire du représentant indépendant.

Les procurations et les instructions aux représentants peuvent être délivrées par voie électronique.

C. Assemblée « ordinaire »

Dans l'hypothèse où une société souhaiterait tenir une assemblée avec présence physique des participants (plus que cinq), cela n'est pas totalement exclu ; il y aurait lieu de mettre en place un concept de protection et d'obtenir une autorisation de l'Autorité cantonale compétente. Toutefois, les contraintes paraissent lourdes pour l'organisateur, car il faut veiller au respect de la distanciation sociale et tenir compte des personnes à risque qui doivent pouvoir exercer leur droit de vote in absentia. Ainsi, il apparaît plus que probable que les sociétés renonceront, pour des raisons pratiques, à une telle assemblée avec présence physique.

En conclusion, le législateur a pourvu à ce que les assemblées de sociétés puissent continuer à se tenir en période de crise sanitaire en prévoyant différentes possibilités. Ainsi, la crise sanitaire n'a pas d'effet bloquant sur le fonctionnement des sociétés. Avant de convoquer une assemblée et/ou de faire usage de l'art. 6b de l'Ordonnance 2 COVID-19, il peut être utile de consulter un professionnel, car les questions juridiques et pratiques qui se posent restent complexes.



Marco Villa

Associé

mvilla@fbt.ch



Julien Le Fort

Avocat

jlefort@fbt.ch



Romain Baume

Avocat stagiaire

rbaume@fbt.ch

F B T
A V O C A T S

Genève

Rue du 31-Décembre 47
Case postale 6120
CH – 1211 Genève 6
+41 22 849 60 40
info@fbt.ch

Paris

4, avenue Hoche
F – 75008 Paris
+33 1 45 61 18 00
info@fbt-avocats.fr