



HERBERT
SMITH
FREEHILLS

COVID-19 UPDATE

COVID-19 | People | Pressure Points | Governance: legal implications

Mars 2020

Quels impacts sur la tenue des conseils d'administration et des assemblées générales des sociétés cotées ?

Comment organiser les prochaines réunions des conseils et des assemblées générales lorsque le Gouvernement interdit la tenue de réunions publiques ou privées et oblige au confinement sous peine de sanctions pénales ?

Les textes en vigueur ne permettant pas de répondre aux inquiétudes des émetteurs face à la tenue imminente des assemblées générales annuelles (voir [notre précédent e-bulletin sur les implications juridiques du COVID-19](#)), une seule voie a en définitive été privilégiée par le Gouvernement, celle de légiférer en urgence, à la faveur de ce qu'avait préconisé le Groupe de Travail instauré récemment par l'ANSA, l'AFEP et le MEDEF.

Aux termes de l'article 11 I. 2° f) et g) de la [loi d'urgence n°2020-290 du 23 mars 2020](#), le Gouvernement a été habilité à prendre deux ordonnances ayant respectivement pour objet :

- (i) de simplifier et d'adapter les conditions dans lesquelles les assemblées et les organes dirigeants collégiaux des personnes morales de droit privé et autres entités se réunissent et délibèrent ; et
- (ii) d'assouplir les règles relatives à l'établissement, l'arrêté, l'audit, la revue, l'approbation et la publication des comptes et des autres documents que les personnes morales de droit privé et autres entités sont tenues de déposer ou de publier, notamment celles relatives aux délais, ainsi que d'adapter les règles relatives à l'affectation des bénéfices et au paiement des dividendes.

1. Ordonnance n° 2020-321 portant adaptation des règles de réunion et de délibération des assemblées et organes dirigeants des personnes morales et entités dépourvues de personnalité morale de droit privé en raison de l'épidémie de COVID-19

Élaboré en étroite collaboration avec le Groupe de Travail, le texte de [l'ordonnance](#) introduit des mesures d'urgence permettant d'assouplir momentanément les règles de tenue des réunions des conseils d'administration, directoires et conseils de surveillance et des assemblées générales, hors la présence physique de leurs membres.

Ces mesures ont un large spectre en ce qu'elles visent non seulement les sociétés cotées ou non, mais également les entités dotées ou non de la personnalité morale.

Il convient d'emblée de noter que ces mesures exceptionnelles et inédites ont un effet rétroactif. Elles sont applicables aux assemblées et aux réunions des organes collégiaux d'administration, de surveillance et de direction tenues depuis le 12 mars 2020 et jusqu'au 31 juillet 2020, sauf prorogation de ce délai jusqu'à une date fixée par décret en Conseil d'Etat et au plus tard le 30 novembre 2020¹ (ci-après la « **Période de crise** »).

Le ministère de l'Economie et des finances a publié le 26 mars 2020 sous forme de « foire aux questions » un [guide pratique](#) sur ces nouvelles mesures temporaires

1.1. Tenue des réunions des conseils d'administration, directoires et conseils de surveillance de société cotée en Période de crise du COVID-19

Durant la Période de crise, les organes collégiaux (e.g. conseils d'administration, directoires et conseils de surveillance), peuvent ainsi se réunir valablement, sans la présence physique de la moitié au moins de leurs membres, quelle que soit la décision (en ce compris l'arrêté des comptes) soit par :

- 1) conférence téléphonique ou audiovisuelle permettant leur identification et garantissant leur participation effective sans qu'une clause des statuts ou du règlement intérieur soit nécessaire à cet effet ni ne puisse s'y opposer.
- 2) consultation écrite sans qu'une clause statutaire soit nécessaire à cet effet ni ne puisse s'y opposer.²

1.2. Tenue des assemblées générales de sociétés cotées en période de crise du COVID-19

De la même manière, durant la Période de crise, les sociétés cotées (i.e. dont les actions ou les titres sont admis sur un marché réglementé) peuvent pour la tenue imminente de leurs assemblées annuelles recourir à la tenue à huis clos, c'est-à-dire hors la présence physique de ses membres ou par des moyens de conférence téléphonique ou audiovisuelle permettant l'identification des actionnaires³.

Ces modalités de tenue des assemblées générales pendant la Période de crise s'appliquent à toute assemblée générale (ordinaire, extraordinaire ou mixte) et sont envisageables pour l'ensemble des décisions relevant de la compétence des assemblées générales.

Les actionnaires et autres personnes ayant le droit d'y assister doivent être avisés des modifications relatives à la tenue de l'assemblée par tout moyen permettant d'assurer leur information effective de la date et de l'heure de l'assemblée ainsi que des conditions dans lesquelles ils pourront exercer l'ensemble de leurs droits.

Tout membre qui souhaite avoir communication d'un document ou d'une information préalablement à la tenue de l'assemblée en vertu des dispositions applicables doit indiquer son adresse électronique dans sa demande. De même, la réponse de la société ou entité à cette demande est valablement effectuée par télécommunication électronique à l'adresse électronique indiquée par le membre dans sa demande⁴.

A noter que le recours à la conférence téléphonique ou audiovisuelle en alternative à la présence physique dans les sociétés avec un grand nombre d'actionnaires semble d'un point de vue pratique difficile à mettre en œuvre.

Dans son dernier communiqué publié le 27 mars 2020, l'AMF confirme cette analyse et apporte quelques bonnes pratiques sur la tenue des prochaines assemblées à huis clos.

L'AMF invite les actionnaires à :

- exercer leur droit de vote avant l'assemblée que ce soit par le biais du vote à distance (i.e. le formulaire de vote ou le mandat de vote), en utilisant l'envoi électronique ou le vote par télétransmission via une plateforme de vote sécurisée.

¹ Article 11

² Article 9

³ Article 4 - A noter que la possibilité de recourir par voie de consultation écrite offerte par l'article 6 de l'ordonnance ne peut s'appliquer aux sociétés cotées.

⁴ Article 3

- s’informer au plus tôt sur les modalités et délais de participation prévue dans ce contexte de crise en consultant le site internet des sociétés cotées et les communiqués publiés.

Les émetteurs devront, quant à eux, adopter une série de bonnes pratiques, notamment :

- communiquer, le plus tôt possible avant l’assemblée générale, sur le choix retenu par la société à savoir (i) la tenue de l’assemblée générale à huis clos ou (ii) le report de l’assemblée dans les conditions prévues par l’ordonnance n°2020-318 du 25 mars 2020 (voir le point 2 ci-après).

En cas de tenue de l’assemblée à huis clos :

- informer leurs actionnaires sur l’impossibilité de poser des questions pendant l’assemblée générale, ou de proposer des « résolutions nouvelles » pendant l’assemblée générale,
- informer sur les différentes modalités de vote disponibles, en précisant, le traitement qui sera fait des mandats de vote dans ce contexte.
- retransmettre l’assemblée générale en direct, en format audio ou vidéo, par diffusion en streaming ou par tout procédé de retransmission accessible aux actionnaires. Cette retransmission doit être aisément accessible à l’ensemble des actionnaires à partir du site Internet de l’émetteur.
- accepter de recevoir et traiter, dans la mesure du possible, les questions écrites des actionnaires qui sont envoyées à l’émetteur après la date limite prévue par les dispositions réglementaires et avant l’assemblée générale, dans la mesure où les assemblées générales à huis clos ne permettent pas aux actionnaires de poser de questions orales pendant l’assemblée générale.

Enfin, les sociétés qui modifieraient leur proposition de dividende, sa date ou ses modalités de paiement, doivent le communiquer dès que possible.

Pour plus de précisions, se reporter au [communiqué de l’AMF](#).

1.3. Comment ce choix doit-il être effectué par la société et à quel moment ?

Le choix de tenir l’assemblée hors la présence physique des membres ou par conférence téléphonique ou audiovisuelle relève d’une décision de l’organe compétent pour convoquer l’assemblée (à savoir le conseil d’administration dans les SA monistes ou le directoire (voire le conseil de surveillance dans les SA dualistes), ou par décision du délégataire que cet organe a désigné à cet effet.

1.4. Quid lorsque la procédure de convocation a été initiée ou lorsqu’elle est déjà achevée ?

Lorsque tout ou partie des formalités de convocation ont déjà été effectuées, les actionnaires de sociétés dont les actions sont cotées, ou les porteurs de titres cotés, sont informés dès que possible du choix de la tenue de l’assemblée, par voie de communiqué dont la société s’assure de la diffusion effective et intégrale.

Si les formalités de convocation sont en cours, la société ne sera pas déchargée de poursuivre les formalités de convocation restant à accomplir. Toutefois la modification du lieu de l’assemblée ou des modes de participation de l’assemblée ne donne pas lieu au renouvellement des formalités de convocation préalablement accomplies, et ceci ne constitue pas une irrégularité.

1.5. Tenue des assemblées d’obligataires

En cette période de crise, les sociétés vont également devoir consulter leurs obligataires afin d’obtenir des *waivers* sur leurs covenants financiers et autres engagements que celles-ci risquent de n’être pas en mesure de respecter dans le contexte actuel. Ces consultations d’obligataires seront cruciales pour éviter aux entreprises de se retrouver en défaut sur leurs lignes obligataires et potentiellement par ricochet sur le reste de leurs financements. L’ordonnance vient faciliter la consultation des obligataires.

Pour rappel, l'ordonnance n°2017-970 du 10 mai 2017 avait réformé le régime des émissions obligataires en prévoyant la possibilité de prévoir dans le contrat d'émission que soient réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité, les obligataires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification. Cette ordonnance a également introduit la possibilité de prévoir dans le contrat d'émission que les décisions de la masse des obligataires pourraient être prises à l'issue d'une consultation écrite, y compris par voie électronique, en lieu et place d'une tenue d'assemblée générale. Cependant, les souches obligataires ayant été émises antérieurement à cette ordonnance de 2017, qui restent encore nombreuses, ne bénéficient pas de ces facilités de consultation.

La nouvelle ordonnance permet (i) la tenue des assemblées générales d'obligataires hors la présence physique de ses membres ou, sans qu'une clause du contrat d'émission ne soit nécessaire cet effet ni ne puisse s'y opposer, par conférence téléphonique ou audiovisuelle permettant leur identification, ou alternativement (ii) une prise de décision de la masse des obligataires par voie de consultation écrite, là encore, sans qu'une clause des statuts ou du contrat d'émission ne soit nécessaire à cet effet ni ne puisse s'y opposer. C'est l'organe compétent pour convoquer une assemblée générale des obligataires (le conseil d'administration, le directoire, le représentant légal de la société ou le représentant de la masse) qui pourra choisir le mode de consultation le plus adapté.

2. Ordonnance 2020-318 afin d'assouplir les délais relatifs à la préparation et publication des comptes annuels

Compte tenu des difficultés liées à (i) la préparation des comptes et (ii) la possible fermeture des tribunaux et greffes en raison du confinement, les sociétés qui clôturent leurs comptes au 31 décembre 2019 ne seront vraisemblablement pas en mesure de présenter avant le 30 juin 2020 une requête au président du tribunal de commerce pour obtenir une prolongation du délai légal d'approbation des comptes annuels par l'assemblée générale des actionnaires. Ce point avait été anticipé dans [notre dernier e-bulletin](#).

Les instances professionnelles ont donc milité en faveur d'un aménagement des différents délais légaux, en particulier l'extension du délai de l'approbation des comptes.

[L'ordonnance](#) prévoit notamment :

- le report de 2 mois de l'obligation d'établir les documents de gestion prévisionnelle (donc au plus tard fin juin pour les sociétés qui clôturent leurs comptes au 31/12)⁵ ;
- le report de 3 mois de l'obligation du directoire de présenter au conseil de surveillance les comptes annuels, les comptes consolidés, le rapport de gestion et le rapport sur le gouvernement d'entreprise (donc au plus tard fin juin pour les sociétés qui clôturent leurs comptes au 31/12). Cette prorogation ne s'applique pas aux sociétés dont le commissaire aux comptes a émis son rapport sur les comptes avant le 12 mars 2020⁶ ; et
- le report de 3 mois (donc au plus tard fin septembre pour les sociétés qui clôturent leurs comptes au 31/12) pour l'approbation des comptes annuels. Cette prorogation ne s'applique pas aux sociétés dont le commissaire aux comptes a émis son rapport sur les comptes avant le 12 mars 2020⁷.

Ainsi, outre la possibilité de tenir leur assemblée générale à huis clos ou par visioconférence, les émetteurs peuvent également choisir de tenir l'assemblée selon la procédure habituelle mais d'en reporter la date dans la limite fixée par l'ordonnance (pour autant que le commissaire aux comptes n'ait pas remis son rapport sur les comptes avant le 12 mars 2020) sans avoir à requérir l'autorisation du Président du Tribunal de Commerce à cet effet.

L'ordonnance ne prévoit pas le report du délai de publication du rapport financier annuel (RFA) (dans les quatre mois de la clôture de l'exercice) car ce délai est issu de la Directive Européenne dite « Transparence » et qu'il n'est pas possible d'y déroger légalement en droit français.

⁵ Article 4

⁶ Article 1

⁷ Article 3 - I

À cet égard, l'ESMA a publié le 27 mars 2020 un communiqué spécifique « [Actions to mitigate the impact of COVID-19 on the EU financial markets](#) ».

Consciente que les émetteurs peuvent être empêchés de respecter les délais de publication tels que prévus par la Directive Transparence en raison de la crise COVID-19, l'ESMA s'attend à ce que les autorités nationales de régulation (l'AMF en France) pendant cette période spécifique « ne donnent pas la priorité aux mesures de surveillance » concernant :

- les RFA se rapportant à une clôture d'exercice se situant entre le 31 décembre 2019 et le 31 mars 2020 (inclus), pendant une période de deux mois suivant le délai prévu par la Directive Transparence ; ce qui offre une souplesse de publication jusqu'au 30 juin 2020 pour les émetteurs qui clôturent leur exercice au 31 décembre 2019 par exemple ;
- les rapports financiers semestriels se rapportant à une période se clôturant entre le 31 décembre 2019 et le 31 mars 2020 (inclus), pendant une période d'un mois suivant le délai prévu par la Directive Transparence ; ce qui offre aux émetteurs une période de quatre mois pour publier ces rapports semestriels au lieu du délai légal de trois mois.

L'ESMA rappelle ensuite aux émetteurs :

- s'ils prévoient raisonnablement un retard dans la publication de leurs rapports financiers au-delà de la date limite légale, que ceux-ci en informent leur autorité nationale et le marché, ainsi que des raisons de ce retard et, dans la mesure du possible, communiquent la date de publication prévue ;
- qu'ils restent soumis aux obligations d'information prévues à l'article 17 du règlement MAR. en particulier, ils doivent continuer à informer le marché dès que possible de toute information privilégiée les concernant (cf. notre partie spécifique sur la communication financière dans le présent e-bulletin).

Enfin, l'ESMA souligne que la souplesse offerte aux émetteurs en terme de publication ne les exemptent pas du respect de leurs obligations applicables, notamment en droit des sociétés. Ainsi, pour les sociétés dont les assemblées générales doivent se tenir en avril ou en mai, le RFA (qui contient le rapport de gestion) devra être publié au plus tard à J-21 de la date de l'assemblée générale.

Si pour l'heure aucune modification n'a été apportée par cette ordonnance n°2020-318 aux règles relatives à l'affectation des bénéfices et au paiement des dividendes, les dernières annonces du Premier Ministre du 27 mars 2020 laissent envisager de possibles limitations voire interdictions au versement de dividendes pour les sociétés étant détenues par, ou faisant appel à l'aide de l'Etat.