



# LES DÉCISIONS DES ORGANES SOCIAUX EN PÉRIODE DE CONFINEMENT

Vers une digitalisation croissante du processus de décision dans les sociétés<sup>1</sup>



**Henri CULOT**

Avocat (Prioux Culot + Partners), Professeur à l'UCLouvain



**Edouard-Jean NAVEZ**

Notaire à Wavre, Chargé de cours à l'UCLouvain

La pandémie de Covid-19 que nous traversons confronte les entreprises à d'importants défis. Aux problèmes économiques s'ajoutent des difficultés pratiques dans l'organisation des réunions des organes sociaux. En effet, les modalités de réunion habituelles et les dispositions légales en vigueur apparaissent parfois difficilement conciliables avec l'exigence de respect des mesures de distanciation sociale imposées par le gouvernement.

Certes, le Code des sociétés et des associations de 2019 (ci-après, le CSA) a institué l'email comme moyen de communication privilégié dans le cadre des relations entre une société et ses principaux acteurs (actionnaires, administrateurs, commissaire), ainsi qu'entre les membres de ses organes (art. 2:32 CSA).

Le CSA autorise également, sous certaines conditions, la tenue des réunions des organes sociaux via un système de vidéoconférence ou d'autres moyens de télécommunication équivalents<sup>2</sup> que les statuts peuvent prévoir. Cependant, ces modalités ne sont pas toujours opérationnelles, en raison tantôt de dispositions statutaires inadaptées, tantôt de règles légales trop contraignantes.

Cette situation est d'autant plus problématique qu'une majorité de sociétés, clôturant leur exercice social au 31 décembre de chaque année, doivent en principe soumettre les comptes annuels à l'approbation de l'assemblée générale (ordinaire) pour le 30 juin au plus tard (art. 3:1 CSA).

Afin de répondre aux difficultés pratiques causées par la crise sanitaire, le gouvernement a adopté une série de mesures contenues dans un arrêté royal du 9 avril 2020, modifié le 28 avril 2020. Dans la première partie de cette contribution, nous rappelons brièvement les règles du CSA qui permettent la prise de décision « à distance », c'est-à-dire sans réunion physique, au sein des organes sociaux (I.). Dans la seconde partie, nous passons en revue les dispositions d'exception adoptées dans l'arrêté royal du 9 avril 2020<sup>3</sup> (II.).

1 La présente contribution constitue une version revue et augmentée d'une note publiée sous la plume de l'un des auteurs, dans la lettre d'information électronique « La Lettre Fiscale Belge », n° 2020/360.

2 L'on vise par là l'exigence de présenter un degré de fiabilité équivalent.

3 Dans l'ensemble de l'exposé, nous n'abordons pas le régime des sociétés cotées.

# I. LA RÉUNION DES ORGANES SOCIAUX SANS PRÉSENCE PHYSIQUE DANS LE CSA

## A) La convocation des réunions

L'assemblée générale des actionnaires est généralement convoquée par l'organe d'administration (art. 5:83 ; 6:70 ; 7:126, CSA). Dans les sociétés dont toutes les actions sont nominatives, la convocation contenant l'ordre du jour est envoyée 15 jours au moins avant la date de l'assemblée, par courrier ordinaire, aux actionnaires, aux administrateurs et au commissaire, à moins que ceux-ci n'aient communiqué une adresse email à la société<sup>4</sup>. Dans ce dernier cas, la société peut utiliser cette adresse pour toute communication (et notamment les convocations), jusqu'à ce que l'intéressé communique à la société une nouvelle adresse électronique (art. 2:32, al. 1<sup>er</sup>, CSA). Lorsque tout ou partie des actions, obligations convertibles ou droits de souscription ne sont pas nominatifs, la convocation à l'assemblée générale doit intervenir via une annonce publiée (i) au Moniteur belge, (ii) dans un organe de presse de diffusion nationale, et (iii) sur le site internet de la société, si elle en a un (art. 7:127 CSA).

Le CSA maintient l'obligation d'adresser, en même temps que la convocation, aux porteurs de titres nominatifs, administrateurs et commissaire, tous les documents utiles à la réunion de l'assemblée générale (art. 5:84 ; 6:70 ; 7:132, CSA)<sup>5</sup>.

Le CSA n'impose pas de délais de convocation pour les réunions de l'organe d'administration. La liberté statutaire règne ici en maître. En ce qui concerne la transmission de la convocation, on suit des règles identiques à celles prévues pour l'assemblée générale : la convocation est envoyée par courrier ordinaire, sauf si les administrateurs ont accepté une communication

par email (art. 2:32, al. 2, CSA). Les statuts peuvent toutefois prévoir d'autres modalités de transmission ou imposer l'envoi d'un courrier recommandé.

Enfin, il reste parfaitement admis, à l'instar de ce qui prévalait sous l'empire du Code des sociétés, qu'une réunion puisse valablement être tenue, même sans convocation formelle, si tous les actionnaires ou administrateurs (selon le cas) sont présents ou représentés, et ne contestent ni l'absence de convocation, ni l'ordre du jour proposé. En pareil cas, le procès-verbal de l'assemblée mentionnera que « tous les actionnaires et porteurs de titres (ou : tous les administrateurs) étant présents ou représentés et acceptant de délibérer, il n'est pas justifié du respect des formalités de convocation ».

## B) La tenue des réunions

Les modalités de participation et de vote aux réunions de l'organe d'administration ne sont pas régies par le CSA, en manière telle qu'il appartient aux statuts de régler ces questions. Les statuts peuvent donc prévoir que les administrateurs sont libres d'assister aux réunions par vidéoconférence, ou via tout autre procédé technique permettant de délibérer. A défaut d'indication statutaire à ce propos, l'article 2:41 CSA prévoit l'application des règles ordinaires des assemblées délibérantes<sup>6</sup>.

Le CSA a également assoupli la procédure de délibération par écrit en prévoyant que les décisions d'un organe d'administration collégial peuvent être prises par consentement unanime des administrateurs, exprimé par écrit, à moins que les statuts excluent cette possibilité (art. 5:75 ; 6:63 et 7:95, CSA)<sup>7</sup>.

Lorsqu'une décision de l'organe d'administration est adoptée par le biais d'un système de vidéoconférence ou tout autre système de télécommunication, il est d'usage que le procès-verbal soit signé par les administrateurs à la plus proche occasion (par exemple : la réunion suivante tenue en leur présence), afin d'être conservé parmi les documents sociaux. A cet égard, le

nouveau Code précise que le procès-verbal des réunions d'un organe d'administration collégial est signé par le président et les administrateurs qui le souhaitent. Les copies à délivrer aux tiers sont signées par un ou plusieurs administrateurs ayant le pouvoir de représentation (art. 5:75 ; 6:63 ; 7:95, CSA).

En synthèse, les décisions du conseil d'administration peuvent être prises, le cas échéant moyennant quelques aménagements statutaires, à l'issue d'une délibération des administrateurs (en leur présence ou par vidéoconférence), ou sans délibération, c'est-à-dire via des décisions écrites concordantes, mais alors à l'unanimité.

S'agissant des assemblées générales des actionnaires, les statuts déterminent librement les formalités d'admission (art. 5:88 ; 6:74 ; 7:134, CSA). Ils peuvent prévoir la possibilité pour les titulaires d'actions, d'obligations convertibles et de droits de souscription de participer à distance à l'assemblée générale grâce à un moyen de communication électronique mis à disposition par la société (art. 5:89 ; 6:75 ; 7:137, CSA).

Les statuts peuvent également autoriser tout actionnaire à voter à distance avant l'assemblée générale, par écrit ou sous forme électronique, selon les modalités qu'ils déterminent (art. 5:89 ; 6:75 ; 7:146, CSA)<sup>8</sup>. Les membres du bureau, sont présents physiquement au lieu où, suivant la convocation, l'assemblée générale est organisée. S'agissant des administrateurs et du commissaire, ils doivent en principe être présents également, afin de pouvoir répondre aux éventuelles questions des participants à l'assemblée.

Les actionnaires peuvent, à l'unanimité et par écrit, prendre toutes les décisions qui relèvent des pouvoirs de l'assemblée générale, à l'exception de celles qui doivent être reçues dans un acte authentique. Dans ce cas, les formalités de convocation ne doivent pas être respectées (art. 5:85 ; 6:71 ; 7:133, CSA).

<sup>4</sup> Le nouveau Code prévoit également que toute personne morale peut choisir (dans le chef des sociétés cotées, c'est une obligation) de faire figurer une adresse électronique dans son acte constitutif, laquelle devient alors l'adresse électronique officielle de la personne morale (art. 2:31, CSA). En ce cas, toute communication transmise à cette adresse email par les associés ou actionnaires, les membres, les administrateurs ou les titulaires de titres émis par la société et les titulaires de certificats émis avec la collaboration de la société est réputée être intervenue officiellement et valablement.

<sup>5</sup> À l'occasion d'une assemblée générale ordinaire, ces documents sont : les comptes annuels ; le cas échéant, les comptes consolidés ; la liste des actionnaires qui n'ont pas libéré leurs actions, avec l'indication du nombre d'actions non libérées et celle de leur domicile ; le cas échéant, le rapport de gestion, le rapport de gestion sur les comptes consolidés, le rapport du commissaire et les autres rapports prescrits par le Code (articles 5:87 ; 6:82 ; 7:148, CSA).

<sup>6</sup> En pratique, cette disposition organise donc un renvoi vers le règlement de la Chambre des représentants.

<sup>7</sup> Pour rappel, dans le régime de la SPRL, la possibilité de prendre des décisions par écrit était réservée à l'assemblée générale (art. 278, C. soc.), mais n'était pas étendue à l'organe d'administration, alors même que celui-ci pouvait être collégial.

<sup>8</sup> Lorsque la société autorise le vote à distance sous forme électronique, elle doit être en mesure de contrôler la qualité et l'identité de l'actionnaire, de la manière définie par les statuts ou en vertu de ceux-ci. Le procès-verbal de l'assemblée générale mentionne les éventuels problèmes et incidents techniques qui ont empêché ou perturbé la participation par voie électronique à l'assemblée générale ou au vote.

## II. LES MESURES SPÉCIFIQUES DE L'ARRÊTÉ ROYAL N°4 DU 9 AVRIL 2020, TEL QUE MODIFIÉ

Le Code des sociétés et des associations a quelque peu modernisé les règles qui encadrent le fonctionnement des organes sociaux, en (re)formulant certaines dispositions pour améliorer la clarté des textes légaux et rendre plus commode le recours aux nouveaux moyens de communication<sup>9</sup>. La prise de décision au sein des sociétés par le biais de moyens de communication à distance n'en demeure pas moins délicate. Dans plusieurs cas, les recours aux technologies de la communication requièrent une habilitation statutaire qui peut faire défaut.

Afin de répondre aux défis posés par la pandémie Covid-19, le gouvernement a élaboré un train de mesures destinées à faciliter la tenue à distance des réunions des assemblées générales et des organes d'administration des sociétés. Rédigé dans un style dont la clarté laisse parfois à désirer, l'arrêté royal n°4 du 9 avril 2020<sup>10</sup> doit être lu conjointement avec le Rapport au Roi qui le précède, afin d'en comprendre la substance.

Ci-après, nous brossons un tableau de ces nouvelles dispositions<sup>11</sup>.

### A) Le champ d'application de l'arrêté royal n°4 du 9 avril 2020

- (i) Le champ d'application matériel

L'objectif de l'arrêté royal du 9 avril 2020 est de proposer aux sociétés et aux autres entités qu'il vise un assouplissement des règles qui encadrent habituellement la tenue des réunions des organes sociaux. Cet assouplissement bénéficie aussi bien aux assemblées générales ordinaires, qu'aux assemblées extraordinaires ou spéciales, sous réserve des exceptions évoquées plus bas. Il s'applique également aux réunions de l'organe d'administration.

Ces nouvelles dispositions s'appliquent de manière optionnelle. Si l'intérêt de la société (ou de la personne morale) l'exige, celle-ci reste libre de se conformer aux règles de droit commun du CSA auxquelles elle est habituellement soumise.

En pratique, l'on conseille de faire expressément mention, dans le procès-verbal de la réunion, de l'application de l'arrêté royal du 9 avril 2020 afin d'éviter toute discussion quant aux modalités d'organisation de la réunion.

- (ii) Le champ d'application personnel

Les dispositions de l'arrêté royal du 9 avril 2020 s'appliquent à toute société, association, personne morale et OPC contractuel, y compris les personnes morales soumises au CSA de manière subsidiaire, telles que par exemple les personnes morales de droit public et la Banque nationale de Belgique. Elle s'applique également aux personnes morales ayant obtenu la personnalité juridique par ou en vertu d'une législation particulière, si elles disposent d'un organe d'administration ou d'une assemblée générale.

- (iii) Le champ d'application dans le temps

Les dispositions mises en place dans l'arrêté royal du 9 avril 2020 sont d'application entre le 1<sup>er</sup> mars 2020 et le 30 juin 2020, sous réserve d'une prolongation qui pourrait intervenir si la situation sanitaire ne permettait pas encore, à cette date, une application normale des règles ordinaires du CSA.

En d'autres termes, le régime proposé s'applique à :

- toutes les réunions qui sont convoquées (ou auraient dû être convoquées) entre le 1<sup>er</sup> mars 2020 et le 30 juin 2020 (même si la réunion a lieu après le 30 juin 2020) ;
- toutes les réunions qui doivent être tenues entre le 9 avril et le 30 juin 2020 ;

- toutes les réunions qui auraient dû être tenues entre le 1<sup>er</sup> mars et le 9 avril 2020 en application d'une règle légale ou statutaire, mais qui n'ont pas été tenues (par exemple, en raison de l'incertitude sur la manière de tenir la réunion en sécurité).

L'organe d'administration se charge de communiquer aux actionnaires et aux autres personnes ayant le droit de participer à l'assemblée les modifications à la convocation et les nouvelles modalités d'organisation. Cette communication intervient par le moyen que l'organe d'administration considère le plus approprié. Par exemple, via une annonce sur le site internet de la société, par email, ou encore par courrier postal (pour les personnes n'ayant pas transmis leur adresse email à la société). Il est prudent de conserver une preuve de cette notification.

A *contrario*, les mesures exceptionnelles ne s'appliquent pas aux réunions qui ont effectivement eu lieu entre le 1<sup>er</sup> mars 2020 et le 9 avril 2020.

### B) L'alternative entre la tenue et le report des assemblées générales

Un choix est laissé à l'organe d'administration entre, d'une part, la tenue d'une assemblée générale suivant des modalités compatibles avec les mesures de distanciation sanitaires imposées par le gouvernement et, d'autre part, le report de l'assemblée à une date ultérieure.

- (i) La tenue des assemblées générales

Si l'organe d'administration opte pour le maintien de l'assemblée générale, des prérogatives extraordinaires lui sont confiées. Il peut, tout d'abord, – même en l'absence d'autorisation statutaire – imposer aux actionnaires de participer à l'assemblée et d'exercer leurs droits via l'un des mécanismes suivants :

<sup>9</sup> Pour une analyse complète du nouveau Code des sociétés et des associations, voy. not. E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 112, Bruxelles, Larcier, 2019, 398 p.

<sup>10</sup> Arrêté royal n° 4 du 9 avril 2020 portant des dispositions diverses en matière de copropriété et de droit des sociétés et des associations dans le cadre de la lutte contre la pandémie Covid-19, *M.B.* (2<sup>e</sup> éd.), 9 avril 2020 ; Arrêté royal du 28 avril 2020 prolongeant les mesures prises avec l'arrêté royal n° 4 du 9 avril 2020 portant des dispositions diverses en matière de copropriété et de droit des sociétés et des associations dans le cadre de la lutte contre la pandémie COVID-19, *M.B.* (2<sup>e</sup> éd.), 28 avril 2020.

<sup>11</sup> L'arrêté royal du 9 avril 2020 régit aussi les assemblées générales des copropriétaires que nous ne traitons pas ici.

- soit en votant à distance<sup>12</sup> avant l'AG par correspondance, à l'aide d'un formulaire mis à disposition des actionnaires ou publié sur le site internet de la société<sup>13</sup> ;

- soit en se faisant représenter par procuration à l'assemblée, dans le respect des modalités spéciales de l'arrêté royal du 9 avril 2020 et des règles du CSA pour le surplus.

La formulation de l'article 6 de l'arrêté royal du 9 avril 2020, et plus spécialement les termes « en combinaison » qui figurent dans le rapport au Roi, donnent à penser que ces deux modalités de participation à l'assemblée doivent être proposées (ensemble) aux participants. Cette interprétation est toutefois discutable car ces deux modalités sont, en pratique, très similaires, de sorte que leur coexistence ne présente pas de réelle plus-value.

L'organe d'administration peut imposer que seules des questions écrites lui soient posées, et ce au plus tard le 4<sup>e</sup> jour précédant la date de l'assemblée. Il y répond, soit par écrit au plus tard le jour de l'assemblée générale mais avant le vote, soit oralement lors de l'assemblée générale.

Afin d'assurer la tenue des assemblées en cercle fermé, l'organe d'administration peut également imposer que les procurations soient accordées à une seule personne déterminée qu'il identifie (et donc impose)<sup>14</sup>. Le mandataire ne peut alors exercer le droit de vote que s'il dispose d'une instruction de vote spécifique pour chaque point figurant à l'ordre du jour. On évite ainsi que la société s'autocontrôle.

Au-delà, si l'organe d'administration estime ne pas pouvoir garantir le respect des mesures de distanciation sociale, il peut interdire toute présence physique des actionnaires et des autres personnes ayant le droit de participer à l'assemblée, ainsi que de leurs mandataires. Les membres du bureau, les administrateurs, le commissaire et l'unique mandataire désigné peuvent, quant à eux, participer à l'assemblée et y remplir leur fonction, le cas échéant à distance, par vidéoconférence ou tout autre moyen de

télécommunication. La société n'est pas tenue de recourir au même moyen de communication pour l'ensemble des participants à l'assemblée.

Enfin, s'agissant des assemblées générales devant être reçues en la forme authentique, doit comparaître devant le notaire<sup>15</sup> :

- lorsque le vote est exercé à distance via un formulaire, un seul membre de l'organe d'administration, dûment habilité, ou toute autre personne désignée par lui dans une procuration ;

- lorsque le vote est exercé par procuration au profit d'un mandataire désigné par l'organe d'administration, ce mandataire lui-même.

(ii) Le report des assemblées générales et de l'approbation des comptes annuels

Alternativement, si l'intérêt de la société l'exige, l'organe d'administration peut reporter l'assemblée générale ordinaire à une date ultérieure, même si l'assemblée générale a déjà été convoquée.

Le report est porté à la connaissance des actionnaires et des autres personnes ayant le droit de participer à l'assemblée par tout moyen approprié. Par exemple, via une annonce sur le site internet de la société, par email, ou encore par courrier postal (pour les personnes n'ayant pas transmis leur adresse email). Il importe de conserver une preuve de cette notification.

Le report implique l'obligation de convoquer et de tenir une nouvelle assemblée, le moment venu.

Corrélativement au report de la date de l'assemblée générale ordinaire, plusieurs délais légaux sont prolongés de 10 semaines, notamment :

- le délai d'approbation des comptes annuels par l'AG ordinaire, qui est classiquement fixé à 6 mois suivant la clôture de l'exercice (art. 3:1 CSA) ; pour la plupart des sociétés, qui ont clôturé leur exercice au 31 décembre 2019, le délai d'approbation est ainsi reporté au 8 septembre 2020 ;

- le délai de dépôt des comptes an-

nuels à la Banque nationale de Belgique, qui est classiquement fixé à 7 mois suivant la clôture de l'exercice (art. 3:10 CSA).

Une assemblée générale extraordinaire peut également être reportée à l'initiative de l'organe d'administration, à l'exception de l'assemblée convoquée dans le cadre de la procédure dite « de sonnette d'alarme », lorsque l'actif net de la société est devenu négatif ou risque de devenir négatif, et de l'assemblée convoquée à la demande de 10% des actionnaires ou du commissaire. Ces assemblées, qui ne peuvent être reportées, peuvent être organisées moyennant un vote par correspondance ou la désignation d'un mandataire unique.

### C) La tenue des réunions des organes d'administration

L'arrêté royal du 9 avril 2020 rend possible, même si les statuts l'interdisent, la prise de décision par consentement unanime de l'ensemble des administrateurs, exprimé par écrit, de même que la tenue de réunions à distance, via un moyen de communication électronique permettant une délibération collective.

Pour ce qui concerne les organes d'administration dont les décisions doivent être constatées par acte authentique (capital autorisé, par exemple), il suffit que compareisse physiquement devant le notaire un seul membre de l'organe d'administration dûment habilité ou toute autre personne désignée par l'organe d'administration en vertu d'une procuration. Les autres administrateurs peuvent participer via un moyen de communication électronique.

12 A cet égard, l'article 7:146 CSA est rendu applicable aux autres entités visées.

13 De façon pragmatique, l'arrêté royal a prévu que les formulaires de vote à distance et les procurations peuvent être renvoyés à la société par courrier, à l'adresse indiquée, ou par email. Une version scannée ou photographiée suffit.

14 Et ce, dans le respect des règles de conflits d'intérêts prévues par le CSA (qui ne concernent que les sociétés cotées). En outre, l'arrêté royal a prévu que si la société a déjà reçu (avant son entrée en vigueur) une procuration valable contenant des instructions de vote spécifiques, mais pour laquelle le mandataire n'est ni la société elle-même, ni une autre personne désignée par son organe d'administration, les votes ou abstentions exprimés dans cette procuration sont pris en compte, sans qu'il soit nécessaire que ce mandataire soit physiquement présent.

15 Lequel est physiquement présent à l'endroit où se tient l'assemblée générale, tel qu'indiqué dans la convocation.

## CONCLUSION

Les mesures d'exception mises en place par l'arrêté royal du 9 avril 2020 tendent à faciliter le recours aux technologies de la communication en vue de permettre la tenue des réunions sociales à distance.

Nul doute qu'à l'issue de la crise sanitaire, se posera la question de l'opportunité de rendre définitifs les assouplissements adoptés aujourd'hui temporairement. Nous avons vu qu'en suivant les règles prévues par le CSA, le recours aux technologies de la communication exige parfois une habilitation statutaire qui peut faire défaut.

Pour répondre à cette difficulté, il suffirait d'inverser le principe en prévoyant que les délibérations des organes sociaux peuvent intervenir via tout moyen de communication, sous réserve d'éventuelles restrictions statutaires.

Dans l'intervalle, l'on ne peut que conseiller aux entreprises désireuses de bénéficier de ces assouplissements d'adapter leurs statuts – le cas échéant au moment de leur mise en conformité au CSA – afin d'organiser minutieusement les possibilités de délibération à distance et, plus généralement, le recours aux technologies de la communication.

Qu'il s'agisse de modifier le CSA ou les statuts d'une société, l'important est de trouver le bon équilibre entre l'efficacité dans le fonctionnement des organes, d'une part, et la protection des actionnaires en vue du plein exercice de leurs droits, d'autre part.

© Tous droits réservés pour tous pays.

*Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire partiellement ou totalement le présent livre blanc ou de le diffuser au public sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.*

