

Réunions des organes de sociétés et d'associations: leçons à plus long terme de la pandémie de Covid-19 (1ère partie)

Par Cyrille De Baerdemaeker, Paul Hermant
e-legal, Spécial COVID19

Pour citer l'article :

Cyrille De Baerdemaeker, Paul Hermant, « Réunions des organes de sociétés et d'associations: leçons à plus long terme de la pandémie de Covid-19 (1ère partie) », *in e-legal, Revue de droit et de criminologie de l'ULB*, Spécial COVID19, octobre 2020.

Adresse de l'article :

<http://e-legal.ulb.be/special-covid19/dossier-special-covid19/reunions-des-organes-de-societes-et-d-associations-lecons-a-plus-long-terme-de-la-pandemie-de-covid-19-1ere-partie>

La reproduction, la communication au public en ce compris la mise à la disposition du public, la distribution, la location et le prêt de cet article, de manière directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie, ainsi que toute autre utilisation qui pourrait être réservée à l'auteur ou à ses ayants droits par une législation future, sont interdits, sauf accord préalable et écrit de l'Université libre de Bruxelles, en dehors des cas prévus par la législation sur le droit d'auteur et les droits voisins applicable en Belgique.

© Université libre de Bruxelles - octobre 2020 - Tous droits réservés pour tous pays - ISSN 2593-8010



Introduction

§1 Une société ou une association agit par ses organes, à savoir (principalement) son assemblée générale et son organe d'administration. Ces organes sont composés de personnes, physiques ou morales, qui prennent des décisions dans les limites de leurs compétences respectives et selon un fonctionnement régi par le droit des sociétés et des associations.

Traditionnellement, ces décisions sont prises lors de réunions physiques, mais des alternatives se sont développées au fil du temps, essentiellement en raison de l'évolution des technologies de communication et de leur succès grandissant.

Le droit des sociétés et des associations avait déjà assoupli l'organisation et la tenue des réunions des organes des sociétés et des associations pour aboutir à ce qui est prévu actuellement dans le Code des sociétés et des associations¹ (« CSA »).

La pandémie de Covid-19 a ajouté aux facteurs positifs précités le facteur négatif du besoin de maintenir le bon fonctionnement de ces organes dans un environnement ne permettant plus, ou rendant moins souhaitable, le recours aux réunions physiques.

L'arrêté royal n° 4 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 du 9 avril 2020² (l'« A.R. n° 4 ») a dès lors prévu des mesures d'assouplissement supplémentaires pour que les réunions de ces organes puissent se tenir selon des modalités compatibles avec les mesures sanitaires en vigueur.

L'A.R. n° 4 n'était toutefois que temporaire et ne visait que les réunions d'organes qui devaient se tenir ou être convoquées entre le 1er mars 2020 et le 30 juin 2020. Les mesures qu'il prévoyait ne sont, à ce jour, plus applicables, sauf dans l'hypothèse très improbable d'une réunion déjà convoquée le 30 juin 2020, mais pas encore tenue.

§2 du présent article (qui sera publié en deux parties) n'est donc pas d'analyser ces mesures temporaires, mais (i) de réexaminer les règles impératives et supplétives du CSA sur la réunion des organes de sociétés et d'associations à la lumière des besoins nouveaux que la pandémie de Covid-19 a créés ou révélés, (ii) de vérifier les aménagements statutaires possibles à cet égard en s'inspirant des mesures temporaires mises en place par l'A.R. n° 4 et, enfin, (iii) de se poser la question de la justification des restrictions qui subsistent après l'expiration de ces mesures temporaires. Nous avons volontairement écarté de notre étude les règles relatives au report des réunions d'organes, pourtant également aménagées par l'A.R. n° 4, parce qu'elles sont plus éloignées du fonctionnement de ces organes et

parce que leur aménagement répondait à des préoccupations plus ponctuelles.

Même si certaines conclusions tirées pourraient avoir une portée plus large, le présent article ne visera que les règles relatives à la tenue des réunions des assemblées générales et des organes d'administration des sociétés et des associations régies par le CSA, à l'exclusion de toute autre règle relative à ces organes, de tout autre organe de ces personnes morales et de toute autre forme de personne morale (y compris les organes de copropriété et autres personnes morales pourtant également visées par l'A.R. n° 4). Les règles spécifiques applicables aux sociétés cotées ou, pour la SA, aux sociétés ayant adopté le modèle dualiste, ne seront pas examinées systématiquement.

Cette première partie concerne les réunions de l'assemblée générale. Une seconde partie, à paraître dans le volume n° 4 d'e-legal, sera consacrée aux réunions du conseil d'administration.

Réunions de l'assemblée générale

Introduction

§ 3 L'assemblée générale d'une société ou d'une association est considérée comme son pouvoir « législatif » et ne dispose, sous réserve de dispositions statutaires contraires, que des compétences que lui réserve la loi.

Les principales compétences légales de l'assemblée générale sont (généralement mais pas pour toutes les formes de sociétés ou d'associations) de composer l'organe d'administration, d'obtenir de cet organe qu'il lui rende compte, d'organiser une forme de contrôle, d'approuver les comptes annuels, de distribuer les résultats, de décider de son financement en fonds propres, de modifier ses règles de fonctionnement (statutaires) et de prendre le cas échéant une décision de dissolution.

L'assemblée générale est généralement et parfois même obligatoirement plurielle (plusieurs associés, actionnaires ou membres), mais au fil du temps le législateur a introduit puis développé la possibilité qu'une société (mais pas une association) ne dispose que d'un actionnaire unique. De par sa nature, la fondation ne dispose pas d'une assemblée générale, même si un rôle limité reste parfois réservé à son ou ses fondateurs.

Le présent article n'examinera que le cas des assemblées générales plurielles.

§4 Contrairement à ce qui est prévu par le CSA ou a été dégagé par la doctrine pour certains organes d'administration, l'assemblée générale d'une société ou d'une association n'est pas considérée comme un organe collégial³, ses participants ne sont pas considérés comme des mandataires, aucun caractère *intuitu personae* ne leur est reconnu et aucune obligation légale de loyauté, de diligence, de compétence ou de confidentialité (ou seulement sous une forme très atténuée) ne leur est applicable⁴. Les conséquences que la doctrine a déduites de ces principes pour l'organe d'administration ne sont donc en principe pas applicables à l'assemblée générale, dont les règles de délibération restent donc généralement moins contraignantes⁵.

Néanmoins, le CSA prévoit que les « règles habituellement applicables aux assemblées délibérantes » s'appliquent de manière supplétive aux assemblées générales comme elles s'appliquent aux organes d'administration⁶.

Ce principe délibératif requiert qu'un organe prenne ses décisions au terme d'une délibération préalable de ses participants, ce qui implique que ces participants se réunissent, physiquement ou virtuellement⁷, afin de délibérer, c'est-à-dire discuter

et échanger des opinions et des positions, préalablement à une prise de décision⁸.

Les conséquences de ce caractère délibératif, ainsi que les éventuelles hésitations à ce sujet, seront examinées ci-après en raison de leur impact possible sur les règles relatives à la tenue des assemblées générales.

Convocation

§5 Pour toute réunion de l'assemblée générale d'une société ou d'une association, les associés, actionnaires ou membres doivent être convoqués. Cette convocation est soumise à des règles plus ou moins contraignantes en fonction de la forme de la société ou de l'association, mais visent essentiellement à permettre à ces associés, actionnaires ou membres d'être présents et d'exercer leurs droits dans de bonnes conditions⁹.

§6 Au-delà de certains aspects plus pratiques, les trois principaux aspects d'une convocation qui sont visés par ces règles sont le délai de convocation, son objet (l'ordre du jour) et sa forme.

Toute réunion de l'assemblée générale d'une société ou d'une association doit être convoquée au moins quinze jours avant ladite réunion¹⁰. Ce délai peut donc être étendu, mais non réduit par les statuts ou un règlement d'ordre intérieur.

Même lorsque le CSA ne le prévoit pas expressément, la doctrine considère généralement que toute convocation pour une réunion de l'assemblée générale d'une société ou d'une association doit mentionner l'ordre du jour, avec une indication succincte et claire des sujets qui y seront abordés¹¹. Cet ordre du jour ne pourra être modifié que moyennant le respect des mêmes formalités, en ce compris le délai minimum, que pour les convocations¹².

La convocation étant une forme de communication avec les associés, actionnaires ou membres de la société ou l'association (ainsi qu'avec les membres de son organe d'administration et le cas échéant son ou ses commissaires), sa forme est désormais régie par l'article 2:32 du CSA¹³:

1. si l'associé, actionnaire, membre, membre de l'organe d'administration ou commissaire a communiqué à la société ou à l'association une adresse e-mail, la convocation lui est valablement adressée par e-mail;
2. dans le cas contraire, elle doit lui être adressée par courrier postal ordinaire.

Le caractère impératif ou non de la convocation par e-mail si un destinataire a communiqué son adresse e-mail à la société ou l'association est incertain: d'une

part, le texte de l'article 2:32 du CSA semble en faire une règle optionnelle (« toute communication à cette adresse électronique est réputée être intervenue valablement ») mais, d'autre part, la convocation alternative par courrier postal ordinaire ne semble être permise qu'en l'absence de communication d'une adresse e-mail par le destinataire (« La personne morale communique par courrier ordinaire (...) avec les associés, les actionnaires (...) pour lesquels elle ne dispose pas d'une adresse électronique »)¹⁴. Nous pensons que l'interprétation la plus vraisemblable est que cette règle est impérative et que les statuts ne pourraient donc pas y déroger.

L'article 2:32 prévoit la possibilité de remplacer la communication par e-mail par un « autre moyen de communication équivalent », mais sans apporter de précision. Il serait donc utile que les statuts indiquent les conditions de cette équivalence ou au contraire écartent cette possibilité, mais il n'est pas exclu, pour la raison indiquée ci-avant, qu'une exclusion complète ne soit pas permise, l'option semblant être offerte au destinataire (c'est l'adresse électronique qui peut ainsi être remplacée, or c'est le destinataire qui prend l'initiative de la communiquer).

En cas d'envoi postal, la formulation de l'article 2:32 nous semble imposer le courrier ordinaire, sans plus permettre le courrier recommandé qui était pourtant imposé auparavant dans certains cas¹⁵, était et reste souvent prévu dans les statuts et recommandé par une partie de la doctrine pour des raisons de preuve. Cela pourrait le cas échéant se justifier par la difficulté accrue de se procurer un courrier recommandé en cas d'absence au moment de la distribution. Les statuts nous semblent toutefois pouvoir prévoir un courrier recommandé en supplément d'un courrier ordinaire, le CSA n'interdisant pas d'ajouter d'autres modes de convocation.

Pour la SA, la convocation par voie de presse et le cas échéant sur le site internet de la société reste imposée dans certaines hypothèses¹⁶ et des exigences supplémentaires, qui ne seront pas examinées ici, s'appliquent aux sociétés cotées.

Paradoxalement, l'exigence de gratuité des convocations n'est prévue par le CSA que pour les sociétés cotées¹⁷, probablement parce qu'elle transpose une disposition d'une directive européenne qui ne vise que les sociétés cotées¹⁸.

Dans certains cas, le CSA impose la communication préalable, généralement au moment de la convocation, d'informations supplémentaires et en particulier de rapports préparatoires établis par l'organe d'administration ou par le(s) commissaire(s), dans le détail desquels nous ne rentrerons pas ici.

Il ne peut être dérogé à l'ensemble de ces règles que par une renonciation

individuelle des participants à l'assemblée générale, exprimée en connaissance de cause, et seule une renonciation par l'ensemble des participants (ou à tout le moins, dans la plupart des cas, par les associés, actionnaires ou membres) permettra d'éviter un risque de nullité de l'assemblée générale¹⁹.

§7 L'A.R. n° 4 a légèrement allégé le régime des convocations en prévoyant, de manière optionnelle (la société ou l'association pouvant décider de ne pas en faire usage)²⁰, que:

1. les sociétés cotées étaient dispensées (sous-entendu même pour les destinataires n'ayant pas communiqué une adresse e-mail permettant ou imposant la communication par e-mail) de communiquer par courrier postal ordinaire la convocation et les autres documents qui doivent être mis à la disposition des actionnaires et des autres personnes ayant le droit de les recevoir, ou de tenir ces documents à leur disposition au siège de la société;
2. les sociétés non cotées (et probablement les associations puisque cette section de l'A.R. n° 4 leur était également applicable) communiquaient les documents conformément à l'article 2:32 du CSA, à l'exception de son alinéa 4 (qui prévoit l'envoi par courrier postal ordinaire), ce qui correspond au régime allégé prévu pour les sociétés cotées (voir ci-dessus), mais uniquement pour les documents et non pour la convocation elle-même (qui devait continuer à être envoyée par courrier postal ordinaire aux destinataires qui n'avaient pas communiqué une adresse e-mail).

Ces aménagements ne survivent pas à l'expiration des mesures prévues par l'A.R. n° 4, même en présence d'une disposition statutaire qui les reprendrait, les règles de convocation aménagées dans le CSA étant impératives. La justification de ces aménagements, même en période de pandémie de Covid-19, nous semble d'ailleurs discutable (les dangers d'un courrier postal étant limités).

Représentation

§8 Le CSA prévoit, avec des formulations variables mais d'effet similaire, que tous les actionnaires ou membres peuvent exercer leurs droits à l'assemblée générale par procuration²¹, en précisant parfois que le mandataire peut être une personne physique ou morale, être actionnaire ou membre ou non²², et que le pouvoir peut viser tout ou partie des droits, concerner une ou plusieurs assemblées déterminées ou encore des assemblées tenues pendant une période déterminée²³.

Aucune disposition statutaire n'est nécessaire²⁴, mais le caractère impératif de cette possibilité varie d'une forme de société à l'autre: elle ne semble pas pouvoir

être exclue par les statuts pour les SA²⁵ et d'ASBL²⁶, mais bien pour les SRL²⁷ et les SC²⁸. Rien n'étant prévu pour les AISBL, il nous semble qu'elle peut également y être exclue.

Par contre, les statuts peuvent modaliser l'exercice de ce droit pour autant qu'il ne soit pas rendu impossible quand il est impératif. Il est ainsi fréquemment prévu que seul un autre actionnaire ou membre peut être désigné mandataire ou que le nombre de procurations données à un autre actionnaire ou membre est limité²⁹.

La forme des procurations est libre en l'absence de restrictions statutaires (qui ne peuvent toutefois pas rendre impossible le droit d'être représenté quand il est impératif) et il est donc admis depuis longtemps qu'elle peut également prendre une forme électronique³⁰, la seule limite étant la difficulté éventuelle d'en apporter la preuve³¹.

Pour la SA, le CSA prévoit en outre des règles spécifiques pour les sociétés cotées³² et pour les sollicitations publiques de procurations³³, dans le détail desquelles il ne sera pas rentré ici.

Dans l'hypothèse où tous les actionnaires ou membres d'une société ou d'une association donnent une procuration à une seule et même personne, la possibilité de se faire représenter par un mandataire constitue en réalité une nouvelle potentielle exception au caractère délibératif du fonctionnement des assemblées générales.

§9 L'AR n° 4 n'a pas réellement aménagé les règles liées à la représentation en assemblée générale, le besoin de le faire ne s'en faisait sans doute pas sentir et elles nous semblent présenter la flexibilité nécessaire, également en raison de la possibilité de les adapter statutairement, pour faire face aux exigences. La principale restriction, liée aux exigences de preuve, nous semble rester utile dans les situations de conflits, où cette exigence est nécessaire pour la protection des droits des parties impliquées.

Néanmoins, dans le cadre de l'aménagement, par l'A.R. n°4, du vote par correspondance³⁴, l'actionnaire ou le membre qui est invité par l'organe d'administration à voter par correspondance doit également donner procuration à un mandataire³⁵.

Dans ce cadre, l'identité du mandataire peut en outre être imposée au mandant par l'organe d'administration de la société ou de l'association, dans le respect des éventuelles règles de conflits d'intérêts prévues par le CSA et pour autant que la procuration contienne alors des instructions de vote spécifiques pour chaque proposition de décision³⁶.

Dans certains cas, le respect de ces règles serait entré en conflit avec les règles du CSA sur les sollicitations publiques de procurations, dont l'application a dès lors été suspendue³⁷.

Cette obligation de coupler une représentation au vote par correspondance n'est pas aisée à justifier³⁸ et le texte de l'A.R. n° 4 n'était pas très clair sur le caractère obligatoire de cette combinaison, mais le Rapport au Roi ne laissait planer aucun doute³⁹.

Cette obligation ne survit pas à l'expiration des mesures prévues par l'A.R. n° 4 et ne sera sans doute pas regrettée, les règles relatives au vote par correspondance, pour autant que ce vote par correspondance apparaisse souhaitable⁴⁰, nous semblant amplement suffisantes pour répondre aux besoins de la pratique tout en assurant la sécurité juridique requise.

Procédure écrite et vote par correspondance ou électronique

§10 Le CSA prévoit que, sans qu'aucune clause statutaire ne soit requise, l'assemblée générale d'une société peut, à l'unanimité, prendre par écrit toutes les décisions qui relèvent de ses pouvoirs, à l'exception toutefois des décisions qui requièrent un acte authentique⁴¹.

Avant l'insertion de la possibilité de la procédure écrite dans l'ancien Code des sociétés par la loi du 2 août 2002, la doctrine majoritaire considérait qu'elle était illicite, en se fondant essentiellement sur sa contradiction avec le caractère délibératif du fonctionnement des assemblées générales⁴².

La procédure écrite n'est pas prévue pour les ASBL et les AISBL, laissant planer un doute à ce sujet. La référence aux « règles habituellement applicables aux assemblées délibérantes » à l'article 2:41 du CSA, qui est généralement considérée comme le fondement de ce caractère délibératif, est toutefois supplétive et une disposition statutaire permettant la délibération écrite nous semble donc devoir l'emporter.

A l'inverse, il nous semble, notamment en raison du caractère dérogatoire de cette procédure écrite, que les statuts pourraient l'exclure⁴³ ou la modaliser⁴⁴.

Suite à la pandémie de Covid-19, le CSA fut d'ailleurs amendé afin d'étendre la possibilité d'user de la procédure écrite, sans autorisation statutaire (comme c'est déjà le cas pour les sociétés⁴⁵), aux ASBL et les AISBL⁴⁶.

§11 Comme indiqué ci-dessus, la procédure écrite ne peut être utilisée pour les

décisions des assemblées générales requérant un acte authentique. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, cette exclusion, qui fut introduite au dernier moment par amendement, n'est pas motivée par des considérations de vérification du consentement, mais par les difficultés pratiques que la procédure écrite aurait entraînées pour les notaires. Cette justification ne convainc pas, les difficultés pratiques étant les mêmes pour vérifier les pouvoirs du mandataire, souvent unique et parfois d'un grand nombre d'actionnaires, qui comparait fréquemment devant un notaire⁴⁷. Cette exclusion nous semble toutefois impérative, mais toutefois pas applicable aux réunions des assemblées générales à distance⁴⁸.

Suite à la pandémie de Covid-19, le CSA fut d'ailleurs amendé afin de limiter, tant pour les sociétés que pour les associations, cette restriction uniquement à la modification des statuts⁴⁹.

Contrairement à ce qui était prévu pour la procédure écrite au niveau de l'organe d'administration⁵⁰, cette procédure écrite ne connaît pas d'autre restriction et n'en connaissait d'ailleurs pas non plus dans le cadre de l'ancien Code des sociétés.

§12 Pour qu'une décision d'assemblée générale puisse être approuvée par délibération écrite, tous les actionnaires ou membres doivent l'approuver. Il suffit donc qu'un actionnaire ou membre s'oppose à une décision précise ou simplement à ce *modus operandi*, en votant contre, en s'abstenant ou simplement en ne répondant pas, pour faire échouer une procédure écrite. Une réunion classique ou, si les statuts le permettent, à distance de l'assemblée générale devra alors être convoquée afin de prendre la décision envisagée. Ce qui représente *in fine* une perte de temps et d'argent par rapport à l'option de la procédure classique ou, si les statuts le permettent, à distance sans passer par la tentative et, le cas échéant, l'échec de la procédure écrite.

De plus, à défaut de clause statutaire réglant cette question, l'unanimité est requise pour l'ensemble des décisions envisagées dans une résolution écrite. Si un actionnaire ou un membre désapprouve ou s'abstient pour une seule décision de ladite résolution, l'unanimité ne sera pas atteinte pour la résolution en question, et donc pour toutes les décisions prévues dans cette résolution. Nous estimons toutefois, comme la doctrine majoritaire, que les statuts ou une résolution en procédure écrite elle-même peu(ven)t prévoir que chacune des décisions dans une résolution écrite peut être adoptée séparément par une signature sous chaque décision⁵¹. Cette précaution évite que le défaut d'unanimité pour une ou plusieurs décision(s) précise(s) n'entraîne le même sort pour toutes les décisions envisagées dans la résolution écrite.

§13 L'exigence d'un écrit nous semble avoir été définie par opposition à l'oralité de principe des délibérations de l'assemblée générale et non par rapport à des exigences plus strictes, par exemple par référence au droit de la preuve. Il nous

semble dès lors que la procédure écrite peut, tant pour les décisions que pour la signature, être électronique⁵², sans devoir tenir compte du doute introduit à ce sujet par l'A.R. n° 4 pour l'organe d'administration⁵³ en l'absence d'intervention de l'A.R. n° 4 en matière de procédure écrite en assemblée générale. La seule limite sera la difficulté éventuelle d'en apporter la preuve, mais qui ne devrait pas fréquemment poser de difficultés en raison de l'unanimité de la décision.

Pour le surplus, la forme (contenu, procédure, méthode de circulation) pourra être réglée par les statuts⁵⁴.

§14 L'A.R. n°4 n'a pas apporté d'aménagement à la procédure écrite en assemblée générale, s'étant plutôt concentré sur le vote par correspondance et la participation à distance⁵⁵.

§15 Le CSA prévoit également, et en réalité depuis plus longtemps⁵⁶, une légère variante de la procédure écrite en offrant la possibilité aux sociétés, sous réserve d'une habilitation statutaire, de permettre à leurs actionnaires de voter par correspondance ou électroniquement avant l'assemblée générale⁵⁷.

Même si cette variante est organisée séparément par le CSA, elle consiste à exprimer un vote avant la tenue de l'assemblée générale et donc avant tout débat sur les points à l'ordre du jour. Elle se rapproche donc en cela de la procédure écrite, mais s'en différencie sur un point fondamental qui lui a valu un accueil plus favorable de la doctrine⁵⁸, à savoir qu'elle ne remplace pas la tenue physique ou virtuelle de l'assemblée générale, mais la complète.

Elle s'en différencie également sur un autre point fondamental, mais plutôt sur le plan des conséquences, à savoir qu'elle n'exige pas l'unanimité pour que la décision puisse être prise et qu'elle n'est donc affectée de la même faiblesse que la procédure écrite en cas de vote contre, d'abstention ou d'absence de réponse d'un actionnaire.

Le vote par correspondance ou électronique n'est pas prévu pour les ASBL et les AISBL, laissant planer un doute à ce sujet. Pour les raisons indiquées ci-dessus pour la procédure écrite, il nous semble qu'il doit être admis moyennant une habilitation statutaire.

§16 Le CSA prévoit, avec plus ou moins de détails selon la forme de société⁵⁹ ou le type de vote (par correspondance ou électronique), les modalités du vote par correspondance ou électronique (formulaire, délai, forme, portée, comptabilisation), laissant pour le surplus ce soin aux statuts. En cas de vote électronique, il impose que la société soit en mesure de contrôler la qualité et l'identité de l'actionnaire votant, de la manière définie par les statuts⁶⁰. La loi du 28 avril 2020⁶¹ y a notamment ajouté, pour la SA (et par référence pour la SPRL

cotée), une obligation de confirmation électronique de réception d'un vote électronique⁶².

§17 L'A.R. n°4 a temporairement suspendu l'exigence d'une autorisation statutaire du vote par correspondance ou électronique⁶³, mais en le soumettant alors à l'obligation, pour le votant, de donner une procuration à un mandataire, pouvant le cas échéant être imposé par l'organe d'administration, pour le représenter à l'assemblée générale (voir ci-dessous). Il prévoyait également, dans ce cas, une procédure particulière pour poser des questions et y répondre.

Dans ce cas, et par dérogation aux règles du CSA, les membres du bureau de l'assemblée générale, les membres de l'organe d'administration et le(s) commissaire(s) sont autorisés à participer à distance à cette assemblée générale⁶⁴.

Cette suspension et cette obligation ne survit pas à l'expiration des mesures prévues par l'A.R. n° 4 et nous avons déjà partagé notre appréciation critique de ce couplage des deux obligations.

Participation à distance

§18 Le CSA permet à l'organe d'administration, sans habilitation statutaire, de faire participer les actionnaires à distance, par l'intermédiaire d'un moyen de communication électronique et en temps réel (par opposition au vote électronique⁶⁵), aux assemblées générales⁶⁶, sans exclure les décisions qui requièrent un acte authentique⁶⁷.

Aucune des raisons habituelles d'une hostilité doctrinale à la procédure écrite ou au vote par correspondance ou électronique (essentiellement fondée sur le caractère délibératif du fonctionnement des assemblées générales) ne s'applique à la participation à distance (qui permet une véritable délibération, en tout cas quand elle est correctement organisée). La doctrine avait donc, au fur et à mesure que l'évolution des technologies a permis de se rapprocher d'une véritable délibération à distance, approuvé cette manière de tenir une assemblée générale, suggérant parfois une habilitation statutaire pour ce faire⁶⁸.

La participation à distance n'est pas expressément prévue pour les ASBL et les AISBL. Malgré cette omission, il nous semble qu'une participation à distance aux assemblées générales d'une ASBL ou AISBL est autorisée, sur la base des raisons ayant justifié l'assentiment de la doctrine avant même que les textes légaux ne soient modifiés.

D'ailleurs, après l'expiration de l'A.R. n°4 ayant temporairement permis que les assemblées générales des sociétés et des associations soient tenues à distance

sans autorisation statutaire⁶⁹, le CSA fut amendé afin de permettre la participation à distance, tant pour les sociétés que pour les associations, à la discrétion de l'organe d'administration⁷⁰.

§19 Par ailleurs, suite à la pandémie de Covid-19, le CSA fut amendé afin de lever l'interdiction expresse qui existait pour les administrateurs et le(s) commissaire(s) de participer à distance à l'assemblée générale. Toutefois, cette interdiction fut maintenue pour les membres du bureau⁷¹, ainsi une assemblée générale à distance à laquelle les membres du bureau sont convoqués, ne peut être organisée qu'en complément d'une assemblée générale physique.

Pour les raisons indiquées ci-dessus, cette exigence était selon nous également applicable aux ASBL et AISBL, et est d'ailleurs, suite à la pandémie de Covid-19, prévue par le CSA⁷².

Le caractère délibératif des assemblées générales étant respecté par la participation à distance, même pour les membres du bureau, les administrateurs et le commissaire(s), il nous semble que cette exigence est dépassée par l'évolution des technologies et pourrait donc être abandonnée.

§20 La participation à distance est permise moyennant certaines conditions, essentiellement liées au contrôle de la qualité et de l'identité des participants et à la garantie que chacun des participants pourra, de manière directe, simultanée et continue, prendre connaissance des discussions et exercer ses droits de vote.

Curieusement, l'exigence légale ne porte pas sur la capacité à intervenir activement, par exemple pour poser des questions, exprimer un point de vue ou motiver un vote⁷³. Le Rapport au Roi précédant l'A.R. n° 4 indique pourtant que « [l]es principes généraux qui valent pour les assemblées générales disposent que pour se réunir valablement, les actionnaires ou membres doivent pouvoir délibérer, prendre la parole et exercer leur droit de vote. Le respect de ces principes est également possible par liaison téléphonique ou vidéo, combinée à l'e-mail pour l'échange de documents écrits »⁷⁴.

La convocation à l'assemblée générale doit contenir une description claire et précise des procédures relatives à la participation à distance et le procès-verbal de ces assemblées générales devra mentionner les éventuels problèmes et incidents techniques qui ont empêché ou perturbé la participation à distance. Un arrêté royal peut préciser la nature et les conditions d'application des moyens de communication électronique à mettre en œuvre⁷⁵.

L'A.R. n° 4 a temporairement suspendu l'exigence d'une autorisation statutaire pour la participation à distance à une assemblée générale, tant pour les sociétés que pour les associations⁷⁶. Cette suspension ne survit pas à l'expiration des

1. Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.* 4 avril 2019. Le CSA a déjà été modifié plusieurs fois depuis son entrée en vigueur, mais essentiellement pour tenir compte de la réforme du Code civil, de la transposition de la directive (UE) 2017/828 (modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires) et des « réparations » qui se sont une fois de plus avérées nécessaires: ces modifications n'ont toutefois qu'exceptionnellement eu un impact sur le sujet du présent article et, quand elles en ont eu un, il sera identifié.

Suite à la pandémie de Covid-19, la loi du 20 décembre 2020 est venue amender le CSA afin d'offrir explicitement la possibilité de participer à distance à des assemblées générales des associations et d'étendre la possibilité d'user de la procédure écrite pour les assemblées générales. ←
2. A.R. n° 4 portant des dispositions diverses en matière de copropriété et de droit des sociétés et d'associations dans le cadre de la lutte contre la pandémie Covid-19, *M.B.* 9 avril 2020, prolongé par l'A.R. du 28 avril 2020. ←
3. Voir Chapitre 2.1 ci-dessous. ←
4. Malherbe J., De Cordt Y., Lambrecht P., Malherbe P. et Culot H., *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, p. 674 ; Davagle M. « La composition de l'assemblée générale », *Mémento des ASBL 2020*, Malines, Kluwer, 2020, pp. 256 - 260. ←
5. Voir Partie 2 ci-dessous. ←
6. Article 2:41 du CSA. ←
7. Voir Chapitre 1.5 ci-dessous. ←
8. Kleczewski A.-G., « L'intelligence artificielle au service des administrateurs: une mise à l'épreuve de la collégialité », *RPS*, 2020, p. 519; Delcorde J.-A., « Vers un droit des sociétés digital? », *La révolution digitale et les starts-ups*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 163. ←
9. Articles 5:83 - 5:84 (SRL), 6:70 (SC), 7:126 - 7:132 (SA), 9:13 - 9:14 (ASBL) et 10:6 - 10:7 (AISBL) du CSA. ←
10. Aucun délai légal minimum n'est prévu pour l'AISBL. ←
11. Malherbe J., De Cordt Y., Lambrecht P., Malherbe P. et Culot H., *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 663. ←
12. Vandepitte F., « Het agenderingsrecht van de aandeelhouders », *De algemene vergadering. Wet betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders van genoteerde vennootschappen*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 83. ←
13. Une disposition similaire, mais formulée de manière légèrement différente, avait déjà été insérée dans l'article 533 de l'ancien Code des sociétés par la loi-programme du 27 décembre 2004, puis modifiée par une loi du 20 décembre 2010. ←
14. Le même doute était permis par la formulation de l'article 533 de l'ancien Code des sociétés. ←
15. Par exemple dans l'article 533, § 1er, al. 3 de l'ancien Code des sociétés. ←
16. Articles 7:127 et 7:128 du CSA. ←
17. Article 7:128 du CSA. ←

18. Directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées. ←
19. Aux conditions des articles 2:42 et 2:43 du CSA. ←
20. Article 6, § 6 de l'A.R. n° 4. ←
21. Articles 5:95 (SRL), 6:80 (SC), 7:142 (SA) et 9:15 (ASBL) du CSA. ←
22. Sauf pour les ASBL, où la possibilité d'être représenté par un non-membre doit être autorisée par les statuts (article 9.15 du CSA). ←
23. Article 7:142 du CSA; voir aussi Malherbe J., De Cordt Y., Lambrecht P., Malherbe P. et Culot H., *Droit des sociétés*, op. cit., p. 657; Hellemans F., « De algemene vergadering en de wet corporate governance », *De Wet corporate governance ont(k)leed*, Malines, Kluwer, 2004, p. 674. ←
24. Sauf pour la représentation par un non-membre dans une ASBL, voir ci-dessus. Rien n'est prévu dans le CSA pour les AISBL, mais il nous semble que le droit commun permet la représentation. ←
25. Article 7:142 du CSA. Voir notamment en ce sens: Van Ryn J., *Principes de droit commercial belge*, tome I, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 433; Nicaise P., « La société anonyme », *Traité pratique de droit commercial belge*, tome 4, Kluwer, Diegem, 1998, p. 262; Simonart V., « Modalités de participation et de vote à l'assemblée générale », in *Les assemblées générales - loi concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées*, Dossier des Juristes d'Entreprise, Gent, Larcier, 2011, p. 68; Delcorde J.-A., « Vers un droit des sociétés digital? », *La révolution digitale et les start-ups*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 176. ←
26. Article 9:15 du CSA. ←
27. Article 5:95 du CSA. ←
28. Article 6:80 du CSA. ←
29. Delcorde J.-A., « Vers un droit des sociétés digital? », op. cit., p. 176. ←
30. Simonart V., « Modalités de participation et de vote à l'assemblée générale », op. cit., p. 70; Delcorde J.-A., « Vers un droit des sociétés digital? », op. cit., p. 176. ←
31. Delcorde J.-A., « Vers un droit des sociétés digital? », op. cit., p. 176. ←
32. Article 7:143 du CSA. ←
33. Articles 7:144 et 7:145 du CSA. ←
34. Voir Chapitre 1.4 ci-dessous. ←
35. A.R. n° 4, article 6,§ 1. ←
36. A.R. n° 4, article 6,§ 1, al. 3. ←
37. A.R. n° 4, article 6,§ 1, al. 3. ←
38. Le Rapport au Roi semble considérer que cela permet à ce mandataire de poser des questions au nom du mandant, mais on peut s'interroger sur l'utilité de cette possibilité, les instructions de vote devant déjà avoir été données (Rapport au Roi précédant l'A.R. n° 4, M.B., 9 avril 2020, p. 25770). ←
39. Rapport au Roi précédant l'A.R. n° 4, M.B., 9 avril 2020, p. 25770. ←
40. Voir Chapitre 1.4 ci-dessous. ←
41. Articles 5:85 (SRL), 6:71 (SC) et 7:133 (SA) du CSA. ←
42. Relevé à plusieurs reprises dans les travaux préparatoires de la loi du 2 août 2002 (*Doc. parl.*, Chambre, 2001-2001, n° 1211/014); De Bauw F., *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 34, point de vue confirmé et complété après la modification législative: De Bauw F., « L'amélioration du fonctionnement de l'assemblée générale », Séminaire Vanham & Vanham du 24 octobre 2002, p. 5; Ernst Ph., « Deelname op afstand aan de algemene vergadering, e-voting, of de « elektronische algemene vergadering » », *Van alle markten: Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 494. ←

43. Nieuwdorp R., « De algemene vergadering », *Behoorlijk vennootschapsbestuur. Een analyse van de wet van 2 augustus 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 114; Ernst Ph., « Deelname op afstand aan de algemene vergadering, e-voting, of de « elektronische algemene vergadering » », *op. cit.*, p. 494. ←
44. Nieuwdorp R., « De algemene vergadering », *op. cit.*, p. 115; Ernst Ph., « Deelname op afstand aan de algemene vergadering, e-voting, of de « elektronische algemene vergadering » », *op. cit.*, p. 494. ←
45. Articles 5:85 (SRL), 6:71 (SC) et 7:133 (SA) du CSA. ←
46. Articles 9:14/1 (ASBL) et 10:6/1 (AISBL) (tels qu'amendés par la loi du 20 décembre 2020) du CSA. ←
47. Nieuwdorp R., Darcheville S. et Vanderhaeghe M., « III. Le déroulement de l'assemblée générale », *Vademecum Algemene Vergadering / Vademecum Assemblée Générale*, Gand, Larcier, 2015, p. 172. ←
48. Voir Chapitre 2.5 ci-dessous. ←
49. Articles 5:85 (SRL), 6:71 (SC) et 7:133 (SA), (tels qu'amendés par la loi du 20 décembre 2020) du CSA. ←
50. Voir Chapitre 2.4 ci-dessous. ←
51. En ce sens également Malherbe J., De Cordt Y., Lambrecht P., Malherbe P. et Culot H., *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 657; Hellemans F., « De algemene vergadering en de wet corporate governance », *op. cit.*, p. 98. ←
52. Tilquin T., « Le droit des sociétés et les technologies nouvelles », *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Coll. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2003, p. 261; Ernst Ph., « Deelname op afstand aan de algemene vergadering, e-voting, of de « elektronische algemene vergadering » », *op. cit.*, p. 498; Delcorde J.-A., « Vers un droit des sociétés digital? », *op. cit.* p. 179. ←
53. Voir Chapitre 2.4 ci-dessous. ←
54. Pour quelques suggestions, voir De Bauw F., « L'amélioration du fonctionnement de l'assemblée générale », *op. cit.*, p. 5. ←
55. Voir Chapitre 2.5 ci-dessous. ←
56. Depuis la loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales (pour le vote par correspondance). ←
57. Articles 5:89 § 4 (pour le vote électronique en SRL), 5:95 (pour le vote par correspondance en SRL), 6:75 § 4 (pour le vote électronique en SC), 6:80 (pour le vote par correspondance en SC) et 7:146 (SA, par correspondance ou électroniquement) du CSA. ←
58. De Bauw F., *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, *op. cit.*, p. 35, point de vue confirmé et complété après la modification législative: De Bauw F., « L'amélioration du fonctionnement de l'assemblée générale », Séminaire Vanham & Vanham du 24 octobre 2002, p. 5; pour un accueil moins favorable: Braeckmans H., « Nieuwe regelen voor andeelhouders en bestuurders: belangenconflict, minderheidsvordering, nieuwe regelen bij het houden van een algemene vergadering, deskundigenonderzoek », *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, Antwerpen, Maklu, 1992, p. 361. ←
59. Et pour la SA, en prévoyant des règles spécifiques pour les sociétés cotées. ←
60. Articles 5:89 § 4 (SRL), 6:75 § 4 (SC) et 7:146 (SA) du CSA. ←
61. Loi du 28 avril 2020 transposant la directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et portant des dispositions diverses en matière de sociétés et d'associations, *M.B.* 6 mai 2020. ←
62. Article 7:146 § 5 nouveau (et la référence qui y figure à l'article 5:2 nouveau) du CSA. ←
63. A.R. n° 4, article 6, § 1. ←

64. A.R. n° 4, article 6,§ 4. ←
65. Voir Chapitre 1.4 ci-dessus. ←
66. Articles 5:89 (SRL), 6:75 (SC) et 7:137 (SA) du CSA. Ces dispositions reprennent des dispositions comparables déjà introduites dans l'ancien Code des sociétés par la loi du 20 décembre 2010. ←
67. Contrairement aux procédures écrites et aux votes par correspondance ou électronique, voir Chapitre 1.4 ci-dessus. ←
68. De Bauw F., *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, op. cit., p. 35; Tilquin T., « Le droit des sociétés et les technologies nouvelles », op. cit., p. 259; De Bauw F., « La preuve et les principaux documents sociétaires : procès-verbaux de réunions, comptabilité et comptes annuels », in *Preuve et information dans la vie des sociétés*, Coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 205; Simonart V., « Modalités de participation et de vote à l'assemblée générale », op. cit., p. 74; Delcorde J.-A., « Vers un droit des sociétés digital? », op. cit., p. 175. ←
69. A.R. n° 4, article 6,§ 2, al. 2. ←
70. Articles 5:89 (SRL), 6:75 (SC), 7:137 (SA), 9 :16/2 (ASBL) et 10 :7/1 (AISBL) (tels qu'amendés par la loi du 20 décembre 2020) du CSA. ←
71. Articles 5:89 § 1er, al. 7 (SRL), 6:75 § 1er, al. 7 (SC) et 7:137 § 1er, al. 7 (SA) du CSA. ←
72. Articles 9:16/1 (ASBL) et 10:7/1 (AISBL) (tels qu'amendés par la loi du 20 décembre 2020) du CSA. ←
73. Andre-Dumont A.-P. et Cloquet L., « L'assemblée générale de la SRL », *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 214. ←
74. Rapport au Roi précédant l'A.R. n° 4, M.B., 9 avril 2020, p. 25770 (c'est nous qui soulignons). ←
75. Articles 5:89 (SRL), 6:75 (SC) et 7:137 (SA) du CSA. ←
76. A.R. n° 4, article 6,§ 2, al. 2. ←