

3 décembre 2020

Adoption des décisions collectives en période de Covid-19 : la nouvelle ordonnance est publiée ce jour

COVID 19

[L'ordonnance n° 2020-1497 du 2 décembre 2020](#) était très attendue. [L'ordonnance n° 2020-321 du 25 mars 2020](#), qui l'avait précédée, avait été rendue applicable jusqu'au 30 novembre dernier, ce qui laissait nos groupements dans une réelle incertitude.

Objet. Le nouveau texte a un double objet : il proroge l'ordonnance n° 2020-321 tout en l'ajustant sur plusieurs points qui avaient suscité des difficultés de mise en œuvre.

Entrée en vigueur. Comme toute ordonnance, elle entre en vigueur dès aujourd'hui (Const., art. 38, al. 2). Il s'ensuit que l'ordonnance n° 2020-321 n'est prorogée et modifiée qu'à compter du 3 décembre ce qui, de fait, ne couvrira pas la période du 1er au 2 décembre inclus. Le Gouvernement s'est simplement efforcé « de réduire la durée de la discontinuité » entre les deux textes ([Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2020-1497](#)) sans la couvrir. Il faut aussi signaler qu'un décret sera publié d'ici quelques jours pour préciser l'application de plusieurs aspects du texte nouveau, de sorte que l'on peut se demander si certaines dispositions de l'ordonnance ne devraient pas attendre sa publication pour être effectivement applicables, ce qui crée une incertitude éminemment regrettable (consultation écrite et vote par correspondance).

Pour quelle raison l'ordonnance ne peut-elle pas être rétroactive alors que celle du mois de mars l'était ? Au mois de mars, la loi d'habilitation autorisait l'adoption d'ordonnances de manière rétroactive (loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, art. 11, I). Pour l'actuelle ordonnance, la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 ne permettait pas au Gouvernement d'adopter un texte rétroactif ; elle lui permettait seulement de légiférer par ordonnance « dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution » (loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020, art. 10, IV). Or, l'article 38 de la Constitution pose le principe selon lequel les ordonnances « entrent en vigueur dès leur publication ». Le texte nouveau ne pouvait donc, faute d'habilitation à adopter un texte rétroactif, que se conformer au principe posé par l'article 38 de la Constitution. Il persistera donc un vide de deux jours dans l'application du dispositif.

Champ d'application. Le champ d'application du dispositif est reconduit sans modification. L'article 1 de l'ordonnance n° 2020-321 vise donc toujours l'intégralité des personnes morales et entités dépourvues de personnalité morale de droit privé.

Modifications :

- **Convocations.** L'ordonnance n° 2020-321 réservait aux seules sociétés cotées la possibilité de déroger aux convocations par voie postale. La nouvelle étend cette possibilité à tous les groupements. Les convocations par voie électronique deviennent donc possibles de façon générale.
- **Huis clos.** La possibilité de tenir des assemblées sans aucun associé (réception des votes intégralement en amont, par correspondance et par procuration dans les groupements pour lesquels cela est possible) est resserrée. Désormais, elle est réservée au seul cas où « à la date de la convocation de l'assemblée ou à celle de sa réunion, une mesure administrative limitant ou interdisant les déplacements ou les rassemblements collectifs pour des motifs sanitaires fait obstacle à la présence physique à l'assemblée de ses membres ». Par l'ajout de cette dernière condition, le texte passe d'une appréciation *in abstracto* générale à une appréciation *in concreto*, spéciale au groupement, des circonstances lui permettant de recourir au huis clos.

Ancienne condition	Nouvelle condition
« Lorsqu'une assemblée est convoquée en un lieu affecté à la date de la convocation ou à celle de la réunion par une mesure administrative limitant ou interdisant les rassemblements collectifs pour des motifs sanitaires (...) ».	« Lorsque, à la date de la convocation de l'assemblée ou à celle de sa réunion, une mesure administrative limitant ou interdisant les déplacements ou les rassemblements collectifs pour des motifs sanitaires fait obstacle à la présence physique à l'assemblée de ses membres ».

En outre, le nouveau texte permet que la délégation donnée par l'organe compétent pour convoquer l'assemblée en vue de décider si celle-ci sera tenue « à huis clos » soit donnée à toute personne, et non plus seulement au représentant légal du groupement.

Enfin, les droits des actionnaires des sociétés cotées dont les assemblées se tiennent à huis clos sont renforcés par deux mesures que l'AMF appelait de ses vœux pour ne pas trop sacrifier les droits des actionnaires : obligation de retransmettre en direct et en différé l'assemblée et publication des questions écrites et de leurs réponses sur le site internet de la société. Aussi ne pourra-t-il plus y avoir d'assemblée enregistrée avant sa date officielle de réunion.

- **Consultation écrite.** L'article 6 de l'ordonnance n° 2020-321, qui débloquent la possibilité de recourir à la consultation écrite pour certains groupements est totalement réécrit. Cette possibilité est désormais offerte à tous les groupements (sauf aux sociétés cotées), ce qui lève notamment les doutes que certains avaient pu avoir s'agissant des SAS et des associations. Elle pourra être utilisée pour l'approbation des comptes. Pour sa mise en œuvre, le nouvel article 6 de l'ordonnance n° 2020-321 prévoit désormais que « la consultation écrite intervient dans les conditions prévues par les dispositions législatives ou réglementaires applicables aux personnes et entités mentionnées à l'article 1er, leurs statuts ou leur contrat d'émission ou, à défaut, dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat ». Pour les groupements dans lesquels la loi est silencieuse et ceux pour lesquels les statuts le seraient restés, il faudra donc attendre le futur décret pour que cette possibilité puisse être exploitée

- **Vote par correspondance.** L'article 6-1 de l'ordonnance n° 2020-321 est réécrit. La possibilité d'organiser un vote par correspondance est étendue à tous les groupements et pourra être utilisée pour l'approbation des comptes. Il y aura lieu de se référer aux dispositions législatives ou statutaires pour les groupements qui le permettent déjà et au décret futur pour ceux qui n'accueillent pas encore cette possibilité. Pour ces derniers, à l'instar de la consultation écrite, il faudra donc attendre le **futur décret** pour que cette possibilité puisse être exploitée.

Contacts

Clément Barrillon
Of Counsel
Conseil Scientifique
cbarrillon@kpmgavocats.fr

Alain Couret
Partner
Conseil Scientifique
acouret@kpmgavocats.fr

Jean-Jacques Daigre
Of Counsel
Conseil Scientifique
jdaigre@kpmgavocats.fr

Les informations contenues dans ce document sont d'ordre général et ne sont pas destinées à traiter les particularités d'une personne ou d'une entité. Bien que nous fassions tout notre possible pour fournir des informations exactes et appropriées, nous ne pouvons garantir que ces informations seront toujours exactes à une date ultérieure. De fait elles ne peuvent ni ne doivent servir de support à des décisions sans validation par les professionnels ad hoc. KPMG Avocats est une société d'avocats de droit français, membre de l'organisation mondiale KPMG constituée de cabinets indépendants affiliés à KPMG International Limited, une société de droit anglais (« privatecompanylimitedby guarantee »). KPMG International et ses entités liées ne proposent pas de services aux clients. Aucun cabinet membre n'a le droit d'engager KPMG International ou les autres cabinets membres vis-à-vis des tiers. KPMG International n'a le droit d'engager aucun cabinet membre.