

Le cyber-actionnaire :

adaptation du droit des sociétés à l'évolution des technologies d'information et de communication

Étude en droits européen, français et allemand comparés

Jean-Baptiste LHUILLIER

Thèse en cotutelle franco-allemande pour l'obtention du titre de docteur en droit privé français, et de *Doktor der Rechte* allemand sous la direction de

Madame le Professeur Marie-Laure COQUELET
Vice-chancelier des universités de Paris
Université Paris Ovest Nanterre La Défense

Herr Professor Doktor Jens PETERSEN
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht
Universität Potsdam

Soutenue publiquement le 18 novembre 2015
devant le jury composé des directeurs de thèse et de

Herr Professor Doktor Tilman BEZZENBERGER, Universität Potsdam
Monsieur Philippe DIDIER, Professeur des universités, Université Paris Descartes
Monsieur Bruno DONDERO, Professeur des universités, Université Paris Panthéon-Sorbonne
Monsieur Arnaud REYGROBELLET, Professeur des universités, Université Paris Ovest Nanterre La Défense
Monsieur Jean-Paul VALUET, Secrétaire général de l'Association Nationale des Sociétés par Actions

Mes remerciements vont à

*Madame le Professeur Marie-Laure COQUELET,
pour ses conseils et encouragements.*

*Herrn Professor Doktor Jens PETERSEN,
für sein Vertrauen und seine Unterstützung.*

ABREVIATIONS

art.	article	<i>sociétés</i>	
ab.	abrogé	Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
ADAM	Association de défense des actionnaires minoritaires	Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
AFEP	Association française des entreprises privées	CBF	<i>Clearing Banking Frankfurt</i>
aff.	affaire	C. com.	Code de commerce
AFTI	Association française des professionnels des titres	CE	Communauté européenne
AG	<i>Aktiengesellschaft</i>	CES	Conf. européenne des travailleurs
AG	<i>Zeitschrift : Die Aktiengesellschaft</i>	cf.	<i>confer</i>
AG	assemblée générale	CFONB	Comité Français d'Organisation et de Normalisation Bancaires
AGE	assemblée générale extraordinaire	CGTN	Commission générale de terminologie et de néologie
AGO	assemblée générale ordinaire	chap.	chapitre
AGB	<i>Allgemeine Geschäftsbedingungen</i>	C. mon. fin.	Code monétaire et financier
AktG	<i>Aktiengesetz</i>	CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
AktFoV	<i>Aktionärsforumsverordnung</i>	CNRTL	Centre national de ressources textuelles und lexicales
AMF	Autorité des marchés financiers	COB	Commission des opérations de bourse
AN	Assemblée nationale	Coll.	Collection
ANSA	Association nationale des sociétés par actions	comm.	communication
anc.	ancien	<i>Comm. Com.</i>	Revue Communication Commerce
ARCEP	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes	<i>électr.</i>	électronique
ARUG	<i>Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrichtlinie</i>	conf.	conférence
BaFin	<i>Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht</i>	cons.	considérant
BALO	Bulletin des Annonces Légales et Obligatoires	CR	<i>Zeitschrift : Computer und Recht</i>
BB	<i>Zeitschrift : Der Betriebs-Berater</i>	D.	décret
BDSG	<i>Bundesdatenschutzgesetz</i>	D.	Recueil Dalloz
<i>Beschl.</i>	<i>Beschluss</i>	DAV	<i>Deutscher Anwaltverein</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	DB	<i>Zeitschrift : Der Betrieb</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>	DCGK	<i>Deutscher Corporate Governance Kodex</i>
Bibl.	Bibliothèque	DepotG	<i>Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren</i>
BKR	<i>Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht</i>	dict.	dictionnaire
BR	<i>Bundesrat</i>	dir.	direction
BR-Drs.	<i>Bundesratsdrucksache</i>	dir.	Directive « actionnaires »
BT	<i>Bundestag</i>	« actionnaires » (v. dir. n° 2007/36/CE)	
BT-Drs.	<i>Bundestagsdrucksache</i>	dir.	Directive « transparence »
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin Joly sociétés	« transparence » (v. dir. n° 2004/109/CE)	
		<i>Dr. sociétés</i>	Revue Droit des sociétés
		DSW	<i>Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V.</i>

II

éd.	édition	<i>fin.</i>	
EWiR	<i>Zeitschrift : Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht</i>	réf.	référence
Fasc.	Fascicule	RegE	<i>Regierungsentwurf</i>
FBF	Fédération bancaire française	rep.	repère
FUE	Formulaire Unique Électronique	Rép. min.	Réponse ministérielle
GmbH	<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>	<i>Rép. soc.</i>	Répertoire Dalloz du droit des sociétés
GmbHG	<i>Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung</i>	<i>Rev. Lamy dr. aff.</i>	Revue Lamy Droit des Affaires
GRURR-RR	<i>Zeitschrift : Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report</i>	<i>Rev. sociétés</i>	Revue Dalloz des sociétés
HGB	<i>Handelsgesetzbuch</i>	<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>Hrsg.</i>	<i>Herausgeber</i>	<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
HV	<i>Hauptversammlung</i>	Rg. AMF	Règlement général de l'Autorité des marchés financiers
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>	RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
<i>Id.</i>	<i>Idem</i>	RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
Ifop	Institut français d'opinion publique		
IR	<i>Investor relations</i>	s.	siècle
<i>J.-Cl.</i>	Juris-Classeur	(et) s.	et suivants
<i>JCP E</i>	Juris-Classeur (périodique) Édition Entreprises et affaires	SA	société anonyme
JO / JORF	Journal officiel de la République française	SARL	société à responsabilité limitée
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne	SdK	<i>Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V.</i>
LCEN	Loi pour la confiance dans l'économie numérique	SE	société européenne
lect.	lecture	SEC	<i>U.S. Securities & Exchange Commission</i>
MEDEF	Mouvement des entreprises de France	ss	sous
MMR	<i>Zeitschrift : Multimedia und Recht</i>	T.	Tome
NJW-RR	<i>Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report</i>	TAN	<i>Transaction authentication number</i>
NRE	Loi relative aux nouvelles régulations économiques	TGI	Tribunal de grande instance
OCDE / OECD	Organisation de coopération et de développement économique / <i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>	TMG	<i>Telemediengesetz</i>
OLG	<i>Oberlandesgericht</i>	TPI	titre au porteur indentifiable
ord.	ordonnance	TransPuG	<i>Transparenz- und Publizitätsgesetz</i>
PME	petites et moyennes entreprises	TUE	Traité sur l'Union européenne
PUF	Presses Universitaires de France	TUG	<i>Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz</i>
RA	<i>Rechtsausschuss</i>	UE	Union européenne
RAR	(lettre) recommandée avec demande d'avis de réception	UMAG	<i>Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts</i>
RCS	Registre du com. et des sociétés	v.	voir
<i>RDAI</i>	Revue de Droit des Affaires Int.	VPC	vote par correspondance
<i>RD bancaire et bourse</i>	Revue de droit bancaire et de la bourse	WM	<i>Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für das Bankrecht, Kapitalmarktrecht und Gesellschaftsrecht</i>
<i>RD bancaire et financier</i>	Revue de droit bancaire et financier	WP	<i>Working paper</i>
		WpHG	<i>Wertpapierhandelsgesetz</i>
		ZGR	<i>Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht</i>

SOMMAIRE

Abréviations.....	I
Introduction	1
Première partie - Information et communication par voie électronique en période d'assemblée générale des actionnaires.....	17
Titre 1 - De l'information diffusée à l'information diffuse.....	21
CHAPITRE 1 - L'illusion de la transparence en droit des sociétés	27
CHAPITRE 2 - L'essor de l'information réglementée en ligne.....	61
Titre 2 - La communication électronique entre la société et l'actionnaire.....	123
CHAPITRE 1 - Des mesures de simplification partiellement abouties	125
CHAPITRE 2 - L'accélération perfectible de la communication	193
Seconde partie - Participation à distance à l'assemblée générale des actionnaires.....	247
Titre 1 - La progression de l'exercice du droit de vote par voie électronique	251
CHAPITRE 1 - L'essor du vote électronique pré-assemblée	253
CHAPITRE 2 - Le rôle ambivalent de la procuration par voie électronique.....	307
CHAPITRE 3 - La crainte du vote électronique en direct	327
Titre 2 - Le déclin du droit de l'actionnaire de participer aux délibérations.....	351
CHAPITRE 1 - L'assemblée en salle et la participation en ligne	353
CHAPITRE 2 - Les incohérences du régime juridique de la participation en ligne	381
Conclusion.....	405
Synthèse en langue allemande - Zusammenfassung.....	409
Annexes	455
Bibliographie.....	505
Table des matières	523

INTRODUCTION

« *Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* »¹.

1. L'internet concrétise des aspirations surhumaines à l'omniscience, l'omniprésence et l'immédiateté². Chacun s'est approprié l'outil, plus ou moins volontairement, et les mutations sociétales en cours sont aussi rapides que radicales. Le droit ne peut penser *a priori* puis régir en temps réel les applications pratiques de technologies en permanente évolution³. Le législateur est toutefois amené à constater la probable adéquation d'une technologie à une matière relevant du domaine de la loi, et à légiférer strictement en considération de la demande, en « flux tendu ». L'adéquation d'internet aux impératifs du droit des sociétés et des assemblées générales d'actionnaires n'a pas échappé à l'attention du législateur et du pouvoir réglementaire français, qui s'y sont intéressés dès 2001⁴. Le législateur allemand ne se laissa quant à lui réellement convaincre qu'en 2009, lors de la rédaction de l'ARUG⁵, la loi de transposition de la directive européenne 2007/36/CE du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées. Ces trois textes ont conçu un actionnaire qui utiliserait la voie électronique pour faciliter l'exercice de ses droits, un

¹ Article 1844 al. 1^{er} du Code civil.

² « Phénomène étrange en vérité que cet espace 'virtuel' qui se parcourt en temps 'réel' et qui, non content d'avoir introduit l'ubiquité, ajoute l'immédiateté dans l'ordinaire de nos jours. Alors que l'ubiquité conduit à l'effacement des frontières, l'immédiateté, en comprimant le passé et le futur, impose la dictature du présent permanent. » *in*, M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, p. 345.

³ L'internet est le résultat d'un ensemble de technologies d'information et de communication. Ce n'est plus une « nouvelle technologie », comme l'invite à penser l'acronyme NTIC, c'est une technologie en développement permanent ; l'Académie française recommande d'écrire le mot « internet » sans majuscule, et de l'employer comme substantif ; *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., *cnrtl.fr* ; dès 1999, la Commission générale de terminologie et néologie emploie le terme sans majuscule, mais l'utilise avec un pronom, pronom que les usages ont entre temps effacé ; CGTN, « Vocabulaire de l'informatique et de l'internet », JO 16.03.1999, p. 3905 ; JO 01.01.2013, p. 288.

⁴ Par la loi n° 2001-420 du 15.05.2001 relative aux nouvelles régulations économiques (JORF n° 113, 16.05.2001, p. 7776) et son décret d'application n° 2002-803 du 03.05.2002 (JORF n° 105, 05.05.2002, p. 8718).

⁵ *Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie* (ARUG), 30.07.2009, BGBl. I, p. 2479.

« cyber-actionnaire »⁶. Le néologisme est inspiré de la notion de « *cyberspace* », un espace dit virtuel – en réalité dématérialisé⁷ – résultant de l’interconnexion d’ordinateurs⁸. Mais le terme cyber-actionnaire n’apparaît ni en droit européen, ni en droit national français ou allemand. À première vue, le droit allemand considère la voie électronique pour ce qu’elle est : une technologie d’information et de télécommunication. Le droit relatif à la voie électronique y est assez aisément assimilé à celui relatif aux voies traditionnelles d’information et de communication. La notion de cyber-actionnaire découle plutôt de l’observation du cadre juridique français relatif à l’exercice des droits de l’actionnaire. En droit français, contrairement aux attentes des auteurs les plus attentifs à l’évolution de la matière⁹, un régime juridique spécial à la voie électronique semble s’être développé, afin, peut-être, de répondre aux inquiétudes de la pratique. Fait-on cependant réellement face à une nouvelle figure, à une nouvelle catégorie d’actionnaires justifiant un traitement particulier ? Le cyber-actionnaire n’est-il pas simplement un actionnaire exerçant par voie électronique ses droits relatifs à l’information, à la communication et à la prise de décision collective en période d’assemblée générale ?

Les choix pris de chaque côté du Rhin furent naturellement guidés non seulement, par les dispositifs techniques et juridiques nationaux développés jusqu’alors pour les sociétés anonymes françaises et les sociétés par actions allemandes¹⁰, mais aussi par les cultures respectives des assemblées générales d’actionnaires. La « modernisation »¹¹ du droit des sociétés s’attache, d’une part, à améliorer l’information des actionnaires et à accélérer la communication entre la société et ses actionnaires. Il s’agit, d’autre part, d’encourager le vote et la participation à distance à l’assemblée générale des actionnaires. Or moderniser ne signifie pas ajouter du moderne à l’ancien. La modernisation du droit implique de remplacer ce qui n’est plus actuel, d’organiser les textes sur de nouvelles bases pour répondre aux besoins d’aujourd’hui et, autant que possible, aux besoins de demain¹².

⁶ « Consécration de l’actionnaire transfrontalier : vers un cyberactionnaire ou un actionnaire indirect ? », s’interroge ainsi Mme C. MALECKI *in*, « L’actionnaire sans frontières et la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007 », *Bull. Joly Société*, 1.9.2007, n° 9, p. 927.

⁷ Sur la notion d’espace virtuel, cf. P. FLICHY, *The internet imaginaire*, The MIT Press, 2007 (2001), p. 129.

⁸ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.* note 2, p. 335.

⁹ X. LINANT DE BELLEFONDS, « Le vote électronique pour les assemblées d’actionnaires » *in*, J.-L. AUBERT *et al.*, *Études offertes à Jacques Dupichot : liber amicorum*, E. Bruylant, 2005, p. 317 ; M. GERMAIN, « Technique et droit des sociétés : l’ubiquité des dirigeants et des actionnaires » *in*, X. LINANT DE BELLEFONDS (X.) (Études), *Droit et technique*, LexisNexis, 2007, p. 210.

¹⁰ La traduction littérale de l’expression *Aktiengesellschaft* est « société par actions », son équivalent fonctionnel en droit français est bien la société anonyme.

¹¹ Puisque telle semble bien être l’ambition du législateur (par. ex. dans la loi n° 2005-842 du 26.07.2005 pour la confiance et la modernisation de l’économie, JORF n° 173, 27 juil. 2005, p. 12160).

¹² Cf. dictionnaire Larousse, « moderniser ».

Information et communication

2. L'information en ligne est le nouveau chapitre d'une longue et difficile histoire entre les sociétés anonymes et leurs actionnaires en matière d'information préalable à l'assemblée¹³. Une large part des actionnaires individuels minoritaires des sociétés anonymes n'a jamais éprouvé beaucoup d'intérêt pour la chose sociale¹⁴ et n'y trouvera toujours qu'un objet de spéculation¹⁵. Depuis la seconde moitié du XIXe s., le degré d'information des actionnaires n'a toutefois jamais cessé d'augmenter, et la communication entre la société et ces derniers de s'intensifier, principalement en période d'assemblée générale ordinaire¹⁶. En 1998, la Commission des opérations de bourse commanda un sondage pour estimer le potentiel d'internet quant à la relation entre la société anonyme et ses actionnaires (information et dialogue) dont il ressortait une certaine retenue, voire une réticence certaine du public¹⁷. Depuis l'avènement de l'internet dynamique et participatif, les utilisateurs peuvent

¹³ Le droit des sociétés par actions régit, d'un côté, la relation entre associés, c'est-à-dire entre actionnaires. Il règle, de l'autre côté, les rapports entre la société, à savoir une entité juridique représentée par une équipe administrative et dirigeante, et les actionnaires la composant. Les actionnaires ne sont pas égaux entre eux, leur pouvoir décisionnel est fonction de la proportion de leur engagement respectif dans le capital de la société. La taille grandissante des sociétés commerciales imposa en effet jadis que la majorité prît le pas sur l'unanimité lors des décisions collectives.

¹⁴ En 2013, seuls 11 % des actionnaires individuels de droit allemand exercent eux-mêmes leur droit de vote à l'assemblée générale ; 36 % (26% en 2004) des actionnaire individuels n'exercent pas leur droit de vote et n'ont pas l'intention de le faire ; 52 % des investisseurs considérés comme inexpérimentés rejettent catégoriquement l'idée de voter, ce qui est particulièrement paradoxal, puisque seuls 49 % d'entre eux (42 % en 2008) déclarent ne pas être prêts à privilégier des actions moins chères sans droit de vote, contre 72 % (70 % en 2008) des investisseurs professionnels ; DAI, B. PELLEN, A. SCHMIDT, « Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre », févr. 2014, p. 50 et s. ; En 2001, « seuls 5 % des actionnaires français assistent aux assemblées générales et plus de la moitié déclarent ne jamais voter » *in*, AN, Commission des finances, Rapport n° 2327, É. BESSON, déposé le 06.04.2000.

¹⁵ Cf. N. HISSUNG-CONVERT, *La spéculation face au droit*, LGDJ, Thèses, 2009.

¹⁶ Quelques grands noms du droit français ont cultivé l'idée, depuis les années 1950, que les actionnaires ne seraient pas égaux, puisque non animés par les mêmes desseins (Cf. G. RIPERT, C. CHAMPAUD, *et al.*, justement cités par F.-X. LUCAS, *in* « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? », *RD bancaire et fin.*, juill.-août 2002, p. 216). Les uns correspondraient à la vision classique de l'associé, à l'actionnaire empreint d'une *affectio societatis* débordante au service de l'intérêt social. Les autres ne s'intéresseraient à la société que pour les opportunités financières qu'elle semble offrir. L'existence de deux sociétés anonymes, l'une au capital fermé, l'autre aux titres admis aux négociations d'un marché, serait l'une des raisons de cette distinction entre « l'actionnaire-associé » et « l'actionnaire-investisseur ». Si la frontière n'est pas toujours aussi nette, ces deux catégories d'actionnariat se retrouvent bien souvent au sein d'une même société anonyme, par prédilection dans les sociétés cotées. Forts de ces constats, les auteurs regrettent alors que le droit n'aménage pas de règles propres non seulement à chaque type de société mais également à chaque type d'actionnaire.

¹⁷ 70 % des personnes interrogées considéraient l'internet adapté pour « fournir des informations générales sur les sociétés (produits, activités...), 67% adapté pour informer sur l'actualité des sociétés (avis, communiqués...) et 66% adapté pour fournir des informations financières (comptes, résultats...) », contre respectivement 14, 17 et 17 % ne l'estimant pas adapté. Quelque 51 % des sondés estimaient ensuite l'internet adapté pour « dialoguer avec les services actionnaires », 32 % pas adapté. Enfin, seuls 39 % le jugeaient adapté pour « assister aux Assemblées Générales en direct », 44 % inadapté à cette fin. Ces chiffres plutôt optimistes sont à croiser avec la question qui suivait, de laquelle il ressort que 16 % des sondés pensaient se servir à l'avenir d'internet pour s'informer et dialoguer avec la société, contre 78 % rejetant cette hypothèse ; sondage SOFRES sur une base de 740 personnes, COB, « Internet et les épargnants français », 1998, p. 2.

parallèlement s'informer et interagir. La révolution n'est pas tant technologique que comportementale, a-t-on écrit à juste titre¹⁸. Ni les sondeurs, ni les sondés n'imaginèrent les usages impliquant la voie électronique que l'on observe aujourd'hui en matière, d'une part, d'information des actionnaires, mais aussi, d'autre part, de communication entre ces derniers et la société anonyme.

3. Pour ce qui a trait, premièrement, à l'information, l'internet s'est vite imposé à la société anonyme comme média privilégié de communication stratégique envers ses actionnaires et le public, mais aussi comme outil de diffusion de l'information réglementée. Depuis des années, le Bulletin d'annonces légales et obligatoires français¹⁹ comme son équivalent fonctionnel de droit allemand (*elektronischer Bundesanzeiger*²⁰) ne publie plus que sur internet. La publication sur le site internet de la société des informations financières périodiques, des convocations aux assemblées générales, comme des informations nécessaires à la préparation de l'actionnaire à l'assemblée est aujourd'hui une évidence²¹. Mais quoi que l'on en dise, l'information publiée en ligne sur le site internet de la société a-t-elle vraiment la même reconnaissance que l'information imprimée²² ou que l'information directement communiquée à son destinataire ? L'euphorie du « tout internet » est confrontée aux premiers échecs de l'information en ligne, tel que celui rencontré par le « forum des actionnaires » allemand (*Aktionärsforum*). Alors que l'ambition aurait dû être de réunir les actionnaires sur une plate-forme électronique afin de réfléchir en commun à des projets de résolution pour les assemblées, le forum n'a jamais pu s'imposer en raison de l'absence de vision et de courage de ses créateurs et du législateur, qui ont étouffé le projet sous des textes trop lourds. L'ambition s'est bornée à une simple page d'annonces, vide de contenu depuis sa mise en

¹⁸ F. BARANGER, « Web 2.0 – Rendre le pouvoir à l'utilisateur », *Revue banque, Supplément Innovations finance*, 07/08.2008, p. 16.

¹⁹ Art. 2 D. n° 2005-582 du 27.05.2005 relatif au Bulletin des annonces légales obligatoires ; les prédictions débonnaires de certains auteurs relatives à la diffusion de l'information légale s'avèrent donc largement erronées : « Pour les populations les plus défavorisées (illettrés, personnes très âgées, certains handicapés, etc.), tous ceux qui sont mal à l'aise avec la technique (les 'technopathes') ou qui lisent très lentement, l'usage d'Internet est très difficile sinon impossible. De toute façon, une partie de ces populations n'a pas la capacité de véritablement comprendre la signification de textes juridiques abstraits. Donc quel que soit le développement de l'équipement informatique des ménages, Internet ne pourra jamais être l'unique canal : pour éviter des phénomènes d'exclusion, le support papier et des contacts directs avec des agents publics resteront nécessaires. » *in*, J. CARTON, « Légifrance, naissance de l'information juridique officielle sur le Web », *RFDA*, 1998, p. 689.

²⁰ Art. 1 point n° 1 Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG), 19.07.2002, BGBl. I, p. 2681.

²¹ Cf. art. 5 dir. « actionnaires » ; art. R. 210-20 C. com., créé en retard par le décret n° 2010-684 du 23.06.2010 relatif aux droits des actionnaires de sociétés cotées ; § 124a AktG, introduit par l'ARUG, 30.07.2009, BGBl. I, p. 2479.

²² D'après un sondage du DAI de 2014, seuls 26 % (22 % en 2004) des actionnaires individuels jugent fiable ou très fiable le site internet de la société en tant que source d'informations ; B. PELLENS, A. SCHMIDT, *loc. cit.* note 14.

ligne en 2005. Cet échec sonne comme un avertissement à l'égard du législateur : le potentiel de l'internet ne s'exprimera, au service des actionnaires comme de la société, que s'il est pleinement exploité. N'est-il pas temps d'ajuster, en droit des sociétés, la balance bien connue d'autres spécialités entre l'innovation et la réglementation ? La notion de cyber-actionnaire ne tire-t-elle pas d'ailleurs sa seule légitimité du fait même que la réglementation à son égard est trop abondante ?

4. En ce qui concerne, secondement, la communication directe entre la société et l'actionnaire, la voie électronique remplace petit à petit la voie postale. De nombreux décrets ont été pris en France pour autoriser parallèlement ce mode de communication, tout en s'assurant de ne pas compromettre la sécurité juridique de l'assemblée générale²³. En toute hypothèse, le législateur a conscience que des textes trop explicites ne sont pas assez souples. Il semble aujourd'hui s'appliquer, malgré les inquiétudes des juristes²⁴ et quelques résistances²⁵, à employer des termes et des expressions relativement larges. Au regard de la complexité des textes réglementaires, l'absence de définitions précises dans la loi suffit-elle vraiment à ne pas rejeter d'avance les futurs « moyens de télécommunication »²⁶ ?

Si ces décrets ont pour objectif de faciliter l'exercice des droits de l'actionnaire, ils alourdissent en revanche une partie réglementaire du Code de commerce déjà exigeante. La communication électronique ne s'accorde pas encore parfaitement avec la communication traditionnelle. Un nouveau cadre juridique a été greffé sur la réglementation connue jusqu'alors. Mais à trop chercher à s'en distinguer, notamment pour marquer la nouveauté, un régime juridique spécial semble s'être constitué en parallèle d'un droit commun. Ce constat est d'autant plus évident en matière de vote à distance, le vote par voie électronique étant le projet phare de ces textes législatifs et réglementaires.

²³ S'il n'y avait jamais eu d'interdiction explicite de la voie électronique en droit des sociétés, cette dernière était toutefois bien bannie des anciennes législations. Exclue de fait des listes exhaustives de moyens de communication désignés pour l'exercice de droits particuliers ou l'exécution de règles prescriptives, la voie électronique n'était par conséquent pas admise.

²⁴ Notamment les Professeurs X. LINANT DE BELLEFONDS et M. GERMAIN *in, loc. cit.* note 9.

²⁵ « En visant les *moyens de télécommunication*, le présent article revêt une portée très large. [...] Votre Rapporteur juge inopportun de définir aussi largement les supports susceptibles d'être utilisés en assemblée générale d'actionnaires », ce pour des raisons d'identification de l'actionnaire (AN, Rapport BESSON, *op. cit.* note 14). Un amendement de M. É. BESSON (n° 246, art. 63, 27.04.2000) fut d'ailleurs approuvé en première lecture, mais la version finale de l'article a bien gardé l'expression de « moyens de télécommunication », et exigé en contrepartie qu'ils permettent l'identification de l'actionnaire (Sénat, Commission des finances, amendement n° 301, P. MARINI, Rapport n° 5, 2000-2001, 05.10.2000 ; Sénat, Commission des lois, amendement n° 108, J.-J. HYEST, Avis n° 10, 2000-2001, 05.10.2000 ; Sénat, séance 12.10.2000).

²⁶ « Le caractère générique de ce terme permettra de prendre en compte, de façon relativement souple, les innovations technologiques à venir. » *in*, AN, Commission des lois, Avis n° 2309, A. VALLINI, déposé le 30.03.2000.

Voter et participer

5. Le droit le plus symbolique de l'actionnaire est son droit de voter sur des projets de résolution lors des assemblées générales. C'est par l'article L. 225-107 C. com. relatif au vote par correspondance que la majorité des dispositions réglementaires relatives au cyber-actionnaire ont été introduites en droit des sociétés français. La légalité de la participation des actionnaires à l'assemblée par voie électronique repose ainsi dans une disposition relative au vote. Or le vote à distance de droit français a été développé dans la seule optique de permettre aux sociétés de réunir les quorums nécessaires à la légalité et à la légitimité du vote de résolutions en assemblée²⁷. Le quorum s'inscrit dans une réflexion capitaliste de la représentativité – bien qu'il soit question, en France, d'un quorum relatif aux droits de vote représentés par les actionnaires votant²⁸. Un quorum relatif au capital social²⁹ est quant à lui imposé en Allemagne, mais uniquement pour certaines résolutions importantes³⁰. L'introduction du vote électronique en droit des sociétés allemand ne trouve donc pas uniquement sa justification dans la recherche de nouveaux participants à l'assemblée générale. Cette différence dans la quête de représentativité, et donc de légitimité, entre les droits français et allemand est, au demeurant, un indice de l'importance des pouvoirs conférés aux actionnaires de sociétés françaises par rapport aux actionnaires de sociétés allemandes.

À ce titre, la réforme française de 2005 pour « la confiance et la modernisation de l'économie » ayant abaissé les quorums pour les sociétés faisant appel à l'épargne³¹ est un aveu de la perte de pouvoir des actionnaires minoritaires³². C'est la preuve de l'échec des

²⁷ Le quorum s'est imposé comme le compromis raisonnable entre le respect des actionnaires minoritaires en voix – malgré leur supériorité numérique – et la représentativité des actionnaires principaux.

²⁸ Doivent ainsi être présents ou représentés à l'assemblée générale ordinaire (AGO) française, les actionnaires possédant au moins le cinquième des actions ayant le droit de vote, et à l'assemblée générale extraordinaire (AGE), les actionnaires possédant au moins un quart des actions ayant le droit de vote. Relevons de plus que, « dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés » pour les deux types d'assemblées (art. L. 225-96 II et L. 225-98 II C. com.).

²⁹ Les quorums de droit français s'appuient en effet sur un nombre d'actions ayant le droit de vote, tandis que le droit allemand fait directement référence à une portion du capital social. La différence est intéressante, en ce qu'elle illustre deux cultures différentes de la représentativité, résultant des spécificités des droits nationaux, telles que les très critiquées actions françaises au droit de vote double.

³⁰ Telles que l'augmentation ou la réduction de capital ; §§ 182 I, 222 I AktG.

³¹ L'expression « sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé » a depuis systématiquement remplacé l'expression, encore utilisée en droit des sociétés jusqu'en 2009, de « société faisant publiquement appel à l'épargne » ; cf. art. 3 VII D. n° 2009-557 du 19.05.2009, en application de l'ord. n° 2009-80 du 22.01.2009 ; J.-J. DAIGRE, B. FRANÇOIS, « Commentaire de l'ordonnance du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne », *Rev. sociétés*, 05.05.2009, § 6, p. 3.

³² Était requis anciennement, pour les AGO, un tiers des actions ayant le droit de vote sur première convocation, pour les AGE, un tiers des actions ayant le droit de vote sur première convocation, ou un quart sur seconde convocation ; cf. art. 6 loi n° 2005-842, 26.07.2005, JORF 27.07.2005, p. 12160.

sociétés cotées à mobiliser leurs actionnaires³³. C'est, enfin, l'échec de la loi à faire respecter l'assemblée générale comme la plus juste instance de direction de la société³⁴. Rappelons en effet que « la désaffectation [des assemblées] favorise les organes dirigeants en place »³⁵.

Le vote par voie électronique commence seulement à se développer dans la pratique. Son nouvel essor permettra bientôt aux actionnaires individuels minoritaires d'exercer plus efficacement leur pouvoir de contrôle au sein de la société. L'avènement du vote électronique ne devrait toutefois être accueilli que comme une première étape. À trop concentrer la réglementation – et son étude – sur le droit de vote, ne court-on pas le risque d'oublier que l'assemblée générale se réunit pour prendre des décisions de manière collective ? Ce développement positif ne doit pas gommer l'assemblée générale, organe décisionnel n'ayant pas vocation à s'informatiser à outrance, à devenir une « urne électronique »³⁶. Le véritable objectif de l'introduction de la voie électronique en droit des sociétés ne doit en effet pas être perdu de vue. La participation effective, le plein exercice des droits des actionnaires à l'assemblée générale, en salle ou à distance, reste la solution la plus juste pour défendre l'intérêt social.

6. La participation effective à distance de l'actionnaire est bien le véritable enjeu de l'introduction de la voie électronique en droit des sociétés. En théorie, elle permet à l'actionnaire d'assister et de prendre part aux débats ainsi que d'exercer l'ensemble de ses

³³ Au point de se retrouver contraintes de jouer avec la loi afin de bénéficier de quorums moins exigeants, tels que ceux concédés par exemple en cas de seconde convocation : « En pratique, les sociétés tendent donc à privilégier la seconde convocation, qui n'est assortie de la première convocation que 'pour la forme' afin de ne pas mobiliser les actionnaires inutilement une première fois, au risque de les démobiliser au moment de la seconde assemblée (s'agissant notamment des petits porteurs, qui ne connaissent pas forcément les usages). Ce dispositif, qui entraîne souvent la tenue de premières assemblées de carence, est particulièrement mal compris des investisseurs étrangers. Il est notamment inadapté, s'il faut convoquer une assemblée générale dans l'urgence. » *in*, Sénat, Commission des finances, « Titre 1er - Adapter l'environnement juridique des entreprises, art. 2 », Rapport n° 438, P. MARINI, déposé le 29.06.2005 (2004-2005), p. 44 ; AMF, *Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France*, Rapport Y. MANSION (dir.), 06.09.2005, p. 8.

³⁴ À défaut de pouvoir parler de prédominance de l'assemblée générale des actionnaires sur les autres organes de la société, cf. C. DUCOULOX-FAVARD, « Grandeur et décadence des assemblées générales d'actionnaires » *in*, *Aspects actuel du droit des affaires*, Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON, Dalloz, 2003, p. 359.

³⁵ « Faute de connaître un autre actionnaire à qui donner procuration, chaque actionnaire a tendance à renvoyer le formulaire de procuration sans indication du nom du mandataire. La collecte de ces pouvoirs en blanc permet d'atteindre le quorum, mais transfère au président de l'assemblée le vote attaché aux procurations. L'article 161 de la loi du 24 juillet 1966 [art. L. 225-106 III al. 5 C. com.] précise en effet que, pour toute procuration d'un actionnaire sans indication de mandataire, le président de l'assemblée émet un vote favorable à l'adoption des projets de résolution présentés ou agréés par le conseil d'administration, et un vote défavorable à l'adoption de tous les autres projets de résolution. » *in*, AN, Rapport BESSON, *loc. cit.* note 14.

³⁶ Telle que la doctrine et la pratique nomment le réceptacle des votes transmis par voie électronique, cf. ANSA-CFONB, « Vote internet aux assemblées générales d'actionnaires - Accord de place sur un *Vade mecum* », n° 3104, mai 2002 ; X. LINANT DE BELLEFONDS, « Le vote électronique pour les assemblées d'actionnaires » *in*, J.-L. AUBERT *et al.*, *Études offertes à Jacques Dupichot : liber amicorum*, E. Bruylant, 2005, p. 317.

droits comme le ferait un actionnaire présent en salle, dans le respect de l'article 1844 al. 1^{er} du Code civil. Le législateur reconnaît que « contrairement au vote par correspondance qui offre la possibilité de voter sans participation aux débats, [la participation à distance] ne porte pas atteinte au principe délibératif qui fonde l'organisation des assemblées »³⁷. Elle cumule les avantages de la représentation à l'assemblée conférés par la procuration, et ceux de l'autonomie de la volonté conférés par le vote par correspondance. Son ambition est de dépasser le simple exercice du droit de vote pour lui redonner son sens. Le vote par correspondance et le vote par procuration ne sont-ils dès lors pas voués à disparaître ?

7. L'internet est le seul outil permettant une participation à distance à l'assemblée de tous les actionnaires. La première raison justifiant la prédisposition d'internet à la réalisation de cet objectif est liée au coût de l'assemblée et du vote. Le rapport de l'AMF de 2005 dirigé par M. Y. Mansion précisait que les « coûts de tenue d'une assemblée générale, notamment pour les sociétés au capital fortement dispersé, représentent un budget conséquent compris entre 85.000 et 2,5 millions d'euros »³⁸. L'ambition de la plate-forme de vote électronique *Votaccess* mise en place en France est de faire passer le coût actuel de « plusieurs dizaines d'euros par vote en moyenne [...] à moins de 1 euro par vote »³⁹.

La seconde raison relève de l'éparpillement géographique des actionnaires et de l'impossibilité factuelle d'être présents aux assemblées générales de toutes les sociétés composant leur portfolio de valeurs mobilières. Le capital des sociétés françaises indexées au CAC 40 et des allemandes du DAX 30 est détenu environ et respectivement par 46,3 %⁴⁰ et 55 %⁴¹ d'investisseurs non-résidents⁴². Le plus grand obstacle à l'égalité de traitement des actionnaires relève aujourd'hui des frontières étatiques. Si la paix européenne a permis le développement d'une infrastructure transnationale prospère d'investissements, l'exercice des droits liés aux participations financières étrangères, et notamment de ceux en lien avec

³⁷ Le législateur reconnaît ainsi lui-même les limites, voire le danger pour l'actionnaire de la concentration des textes sur le seul vote à distance ; *ibidem*.

³⁸ Rapport Y. MANSION (dir.), *op. cit.* note 33, p. 8.

³⁹ P. COGNET, directeur général de SLIB, rapporté par M. ROSEMAIN, « Vote en ligne : bientôt une solution pour les petits porteurs », *lesechos.fr*, 31.04.2011.

⁴⁰ Étude de J. LE ROUX, « La détention par les non-résidents des actions des sociétés françaises du CAC 40 à fin 2012 », *Bull. de la Banque de France*, n° 193, 3^e trimestre 2013.

⁴¹ Étude Ernst & Young pour l'exercice 2012 citée par G. BRAUNBERGER, « Dax-Konzerne mehrheitlich in ausländischem Besitz », *faz.net*, 10.05.2013. ; J.-P. LACOUR, « Les investisseurs étrangers montent en puissance dans la Bourse allemande », *Les Échos*, n° 21448, 03.06.2013, p. 28.

⁴² Au sens purement national du terme, et non relatif à l'appartenance à un État de l'Union européenne : « actionnaires qui ne résident pas dans l'État membre dans lequel la société a son siège social », Cf. cons. n° 5 dir. « actionnaires ».

l'assemblée générale des actionnaires, a parallèlement longtemps été considéré comme accessoire. Dans l'ensemble, les inconvénients d'ordre organisationnel, technique et financier dépassaient de loin les avantages tirés par l'exercice des droits de ces actionnaires éparpillés géographiquement. Force est d'admettre que l'absence de droits dits politiques, en raison de leur manque de praticabilité, n'a pas rendu les investisseurs étrangers particulièrement craintifs. Mais à quel niveau l'investissement transnational se situerait-il aujourd'hui si l'exercice des droits politiques liés à la détention d'actions avait été garanti ? Ne peut-on pas penser que la faculté d'exercer ses droits, plus encore que la création de nouveaux droits⁴³, renforce la confiance des investisseurs individuels dans l'économie et tend à allonger la durée comme le montant de leur participation financière ? Cette préoccupation est d'une grande actualité, au niveau national comme européen⁴⁴.

8. L'introduction de la voie électronique en droit des sociétés des États européens poursuit justement comme objectif l'égalité de traitement des actionnaires⁴⁵. Le principe d'égalité de traitement des actionnaires en situation identique est de valeur légale en Allemagne (§ 53a AktG). Il s'applique pleinement au droit français en raison de la supériorité du droit européen, qui le consacre sans détour en matière de participation et d'exercice des droits de vote à l'assemblée générale (art. 4 dir. « actionnaires »). Le droit européen, dont l'une des vocations premières est d'harmoniser – non d'unifier – les législations nationales des États membres de l'Union, est en effet le mieux placé pour promouvoir l'égalité de traitement des actionnaires⁴⁶. La directive « actionnaires » de 2007 s'est ainsi tournée en priorité vers « les obstacles qui entravent actuellement [...] l'exercice des droits de vote sans participation physique à l'assemblée générale »⁴⁷. Le fait que la suppression de ces obstacles puisse « également bénéficier aux actionnaires résidents qui n'assistent pas, ou ne peuvent pas assister, à l'assemblée générale », est présenté par la directive comme un effet positif collatéral. La matière dépasse ainsi l'échelle nationale et invite à la comparaison des droits.

⁴³ Cf. Colloque Sénat, V. MAGNIER, C. MALECKI, Y. PACLOT, « L'action de groupe des investisseurs : une ardente nécessité », 31.03.2011.

⁴⁴ Cf. proposition de directive modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, 09.04.2014, COM(2014) 213 final, 2014/0121 (COD).

⁴⁵ Et non l'égalité entre actionnaires, dont l'idée même n'a pas de sens, au regard de leur inégalité « politique » et financière au sein de la société, des différentes catégories d'actions, et des barrières matérielles comme juridiques à l'exercice des droits attachés aux actions.

⁴⁶ Au sens du principe de subsidiarité de l'article 5 § 1 TUE.

⁴⁷ Cons. n° 5 dir. act. ; dans son considérant n° 6, la directive proclame encore, sur un ton emprunté à celui utilisé dans les déclarations humanistes, que « quel que soit leur lieu de résidence, les actionnaires devraient pouvoir voter de manière informée ». Elle parle ensuite indifféremment de « tous les actionnaires » ou de « chaque », sans qu'il soit plus besoin de faire référence à leur lieu de résidence.

La comparaison des droits

9. Pourquoi s'intéresser particulièrement⁴⁸ au droit allemand ? L'Allemagne dispose de la première économie européenne, d'un tissu industriel et commercial riche et diversifié, d'un droit des sociétés par actions réputé et observé – et pas seulement pour son système dualiste de direction. Si le « droit comparé des sociétés » fait de manière générale l'objet d'un intérêt certain⁴⁹, il n'existe pas de tradition⁵⁰ ou d'ouvrage de référence en matière de comparaison des droits allemands et français des sociétés. Les études significatives résultent de travaux doctoraux⁵¹ ou de juristes expérimentés proposant une analyse transversale de l'évolution des deux droits⁵², ou une présentation de l'état du droit et des débats⁵³. La directive européenne de 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées offre un fil directeur⁵⁴ idéal pour la comparaison des droits de pays limitrophes aux lignes directrices proches mais aux spécificités marquées. Sa transposition en droit allemand, entreprise en bloc par l'ARUG en 2009, présente en effet de nombreuses divergences avec le droit français qui n'a transposé *a posteriori* qu'une partie de la directive par voie réglementaire ou d'ordonnance, le reste étant jugé déjà partie intégrante du droit français. La comparaison des droits se concentre principalement sur la recherche de différences entre les pratiques et les législations⁵⁵ : l'approche est dite respectueuse du pluralisme en droit⁵⁶. Force sera de

⁴⁸ Au-delà des compétences linguistiques et des connaissances en droit étranger nécessairement limitées du juriste comparatiste : « *When choosing which legal systems are to be included in the comparison, the question of similarity or difference may often not be at the front of researcher's mind. [...] it is often simply his 'home law', and the law of another country which is linguistically accessible and with which the researcher may have some ties.* » in, G. DANNEMANN, « Comparative law: study of similarities or differences? » in, *The Oxford Handbook Of Comparative Law*, M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (dir.), Oxford University Press, 2006, p. 409.

⁴⁹ K. J. HOPT, « Comparative Company Law », in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (dir.), *idem*, p. 1162.

⁵⁰ Cf. L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés*, LGDJ, Thèses, 2003, p. 27.

⁵¹ Cf. J. Redenius-HOEVERMANN, *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et en droit allemand*, LGDJ, Thèses, 2010 ; K. PEGLOW, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, LGDJ, Thèses, 2003.

⁵² C. DUCOULOUX-FAVARD, « L'histoire des grandes sociétés en Allemagne, en France et en Italie », *RIDC*, vol. 44, n° 4, 10-12.1992, p. 849.

⁵³ Cf. par ex. K. J. HOPT, « Droit comparé des sociétés - Quelques réflexions sur l'actualité et les évolutions comparées du droit allemand et du droit français des sociétés », *Rev. sociétés*, 2009, p. 309 ; H. FLEISCHER, « Kompetenzen der Hauptversammlung - eine rechtsgeschichtliche, rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Bestandsaufnahme », in W. BAYER, M. HABERSACK (dir.), *Aktienrecht im Wandel*, Mohr Siebeck, Tome 2, 2007, p. 430.

⁵⁴ En droit, « la comparaison n'est possible que si les termes à comparer font état d'une interface, si minime soit-elle, c'est-à-dire s'ils présentent une dimension commune située à un degré d'abstraction plus élevé que celui sur le plan duquel ils se différencient. » in, C. VALCKE, « 'Droit' : réflexions sur une définition aux fins de comparaison » in, *Comparer les droits, résolument*, P. LEGRAND (dir.), PUF, 1^o éd., 2009, p. 109.

⁵⁵ « *Comparative legal enquiries are frequently made as part of an effort to improve a legal rule or institution which has been suspected or recognize as a source of problems [...] Similarity of problems is essential for such an enquiry when deciding which other legal system should be chosen for a comparison. However, for many other aspects of the enquiry, the desire for reform (ie unhappiness with the existing situation) places a strong*

constater que les processus d'harmonisation des droits des sociétés ne gomment que rarement les spécificités nationales⁵⁷. Et force sera d'admettre que ce processus est parfois inopportun voire inopérant : la preuve la plus manifeste n'est-elle pas l'absence même de définition en droit européen de la notion d'actionnaire ?

Mais l'existence d'une directive européenne ne suffit pas⁵⁸ à justifier l'intérêt de la micro-comparaison⁵⁹ des droits de deux systèmes légalistes romano-germaniques particulièrement similaires⁶⁰. S'il faut étudier le droit allemand, c'est tant en raison des solutions qu'il adopte que des très nombreuses et pointues notes de doctrine les commentant. Ces textes sont une richesse pour l'étude du cadre juridique français relatif au cyber-actionnaire, dont l'analyse doctrinale est très largement superficielle⁶¹. Certes, « chaque droit est infailliblement local, et dès lors, justifié au regard des particularismes de 'sa' culture, dans laquelle il est enchâssé »⁶². La comparaison des droits français et allemand des sociétés est

emphasis on difference. The enquiry seeks to establish whether different rules or institutions would reduce or eliminate the problem in question because of the different effects which these rules or institutions are likely to produce. In exceptional cases, the problem may not be the results but the unsatisfactory way in which they are reached; such an enquiry would look for similar rather than different results, but would still look for different rules. » in, G. DANNEMANN, *op. cit.* note 48, p. 403.

⁵⁶ « Si la fonction des études juridiques comparatives est de promouvoir le pluralisme, nul doute qu'on mettra l'accent, avec Pierre Legrand, sur les différences et qu'on tiendra pour fausse toute démarche tendant à faire apparaître des ressemblances. Au contraire, si l'on cherche l'harmonisation des droits, voire leur unification, on insistera sur les ressemblances. » in, M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « Approches épistémologiques de la comparaison des droits » in, P. LEGRAND (dir.), *op. cit.* note 54, p. 144 ; « Aux yeux du comparatiste, il y a la différence. [...] La conscience de l'altérité voudra ainsi figurer au premier plan dans toute théorie et dans toute pratique de la comparaison. » in, P. LEGRAND, *Le droit comparé*, PUF, 2^e éd., 2006, p. 101.

⁵⁷ « Penser l'eupéanisation ou la mondialisation comme des processus d'effacement des différences et d'uniformisation des croyances, c'est se préparer à des lendemains mortifères. » in, A. SUPLOT, *Homo juridicus*, Le Seuil, 2005, p. 29, cité par P. LEGRAND, *idem*, p. 18.

⁵⁸ « Prominent authors have even claimed that questions of European harmonization should be clearly distinguished from comparative law in general. » in, I. Schwenzer, « Development of comparative law in Germany... » in, M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (dir.), *op. cit.* note 48, p. 104.

⁵⁹ V. la définition des « *Micro-comparative Studies : the 'Country and Western Tradition'* » donnée par W. TWINING, « Globalisation and Comparative Law » in, *Comparative Law - A Handbook*, E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN (dir.), Hart, 2007, p. 80.

⁶⁰ « Wenn das Recht funktional als Regelung sozialer Sachverhalte gesehen wird, sind Rechtsprobleme in jedem Land von der gleichen Art. » in, K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen : Mohr, 3. éd., 1996, p. 45 ; « One can also speak of a basic rule of comparative law: different legal systems give the same or very similar solutions, even as to detail, to the same problems of life, despite the great differences in their historical development, conceptual structure, and style of operation. » in, K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, (*An Introduction to Comparative law*, 3^e éd. 1998, p. 59), cité par G. Dannemann, *op. cit.* note 48, p. 388.

⁶¹ « La comparaison s'engage ainsi contre le dogmatisme, contre les stéréotypes, contre l'ethnocentrisme, c'est-à-dire, conte la conviction répandue (quel que soit le pays) selon laquelle les catégories et les concepts nationaux sont les seuls envisageables. Cette conviction serait celle qui procède d'un discours 'officiel' trop exclusivement légaliste et par ailleurs trop peu enclin à regarder au-delà des horizons purement nationaux. [...] Attribuer au droit comparé la fonction d'entretenir un feu contestataire face à la logique juridique abstraite du discours dominant n'est pas une pure fantaisie. » in, H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, Vol 52, n° 3, 07-09.2000, p. 506 et 517.

⁶² P. LEGRAND, *op. cit.* note 56, p. 117.

avant tout une démarche scientifique⁶³, une « activité intellectuelle »⁶⁴. La présentation des questions posées et des solutions proposées outre-Rhin permet⁶⁵ d'élargir le champ de la réflexion française⁶⁶. Le seul corpus de textes français offrant les bases d'une analyse transversale de l'utilisation de la voie électronique en période d'assemblée est le travail de l'Association nationale des sociétés anonymes (ANSA), constitué de notes juridiques rédigées en prévision ou en réponse aux questions pratiques soulevées par les sociétés – et en partie reprises dans le code Dalloz commenté des sociétés. La place et le rôle de l'Association sont ainsi intéressants : cette dernière est à la fois un des rares commentateurs compétents en la matière et un interlocuteur privilégié du pouvoir réglementaire. Ce positionnement impose de s'interroger sur le processus d'élaboration du droit français des sociétés anonymes, sur la manière dont il est pensé⁶⁷.

La matière juridique objet de cette étude est relativement technique. Il s'agit toutefois de dépasser la mise en parallèle des dispositifs juridiques nationaux et étrangers⁶⁸. L'opposition des choix opérés de chaque côté du Rhin offre le recul nécessaire à la

⁶³ « La comparaison n'est pas seulement un instrument de connaissance [...] Bien plutôt, elle est instrumentalisée au service de certains objectifs de nature politique, tous également respectables mais très différents sous l'apparente homogénéité que suggère l'expression 'la comparaison des droits'. Le but peut être de connaître de droit de l'autre ou son propre droit, de le modifier, d'harmoniser les droits, voire de les unifier. Et si l'on a pu déplorer que la comparaison des droits soit 'soumis[e] à une vérification supplémentaire de ses 'buts' [...], [laquelle serait] nécessaire pour garantir la légitimité de la comparaison' [R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, p. 5], pourtant pure démarche scientifique, on ne peut s'abstraire totalement de l'existence de ces buts. » in, M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *op. cit.* note 56, p. 145.

⁶⁴ Le Professeur « Kötz formule la production du discours de la comparaison comme une 'activité intellectuelle', qui doit imposer au comparatiste, appréhendé comme étant parfaitement maître de son entendement, de se censurer, de tempérer sa spontanéité, de faire taire ses prédilections, de mettre en doute ou de nier son vécu, bref, d'effacer ses préjugés. » in, R. BERCEA, « Toute comparaison des droits est une fiction » in, P. LEGRAND (dir.), *op. cit.* note 54, p. 46.

⁶⁵ Au sens de rendre possible et, partant, de légitimer.

⁶⁶ « Inévitablement, le comparatiste met en jeu un procédé qui consiste à minorer le droit ordinaire, le droit standard, du fait même qu'il le situe en relation avec un autre droit. » in, P. LEGRAND, *op. cit.* note 56, p. 24 ; pour autant, la comparaison joue « le rôle de miroir grossissant et suscitant la réflexion – le mot n'est pas choisi au hasard – sur l'opportunité d'éventuelles modifications de notre manière de penser », dès lors que l'objectif le plus neutre de la comparaison consiste à « poser un regard critique sur les droits nationaux, à commencer par le sien propre. » in, M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *op. cit.* note 56, p. 144.

⁶⁷ « Si l'ambition de la comparaison des droits doit être de comparer les droits en tant que structures de pensée, lesquelles ne peuvent être envisagées que de l'intérieur, la définition préalable du 'droit' doit pareillement, en tout cas dans la mesure du possible, être élaborée selon une perspective interne, soit en regard de la conception que se font du droit les intervenants dans chacun des droits en cause. » in, C. VALCKE, *op. cit.* note 54, p. 108.

⁶⁸ « *French practitioners still largely consider comparative law a purely academic endeavour far removed from the case at hand.* » in, B. FAUVARQUE-COSSON, « Development of comparative law in France » in, M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (dir.), *op. cit.* note 48, p. 63 ; il est vrai que « la simple juxtaposition de positivités qui ignorerait les aspects sociaux, économiques ou historiques d'une problématique ne saurait prétendre de participer de la comparaison des droits dans la mesure où lui ferait défaut presque toute puissance de révélation. » in, P. LEGRAND, *op. cit.* note 56, p. 47.

démonstration de l'imperfection du droit des sociétés⁶⁹, de sa perpétuelle instabilité⁷⁰. Il n'est cependant pas question de comparer l'efficacité des droits français et allemand, ni même leur attractivité pour les investisseurs⁷¹ voire pour d'autres systèmes juridiques⁷². La recherche comparative, constituée de rappels contextuels comme d'analyses à rebours⁷³, accompagne l'évolution dans le temps des législations française, allemande et européenne⁷⁴.

10. « *What will be or should be the agenda for comparative company law and research ? [...] The first is shareholders. A modern tendency [...] is to revitalize private shareholders by giving them more legal rights – either as such in the general meeting, or as a minorities, or even individually – and facilitating the use of those rights. Rapid development of modern technology helps* »⁷⁵.

Le droit des sociétés s'approprié les technologies d'information et de communication. Mais s'agit-il vraiment de créer de nouveaux droits subjectifs ? L'obligation pour la société de publier la convocation à l'assemblée générale des actionnaires sur son site internet n'est pas un droit de l'actionnaire à pouvoir la consulter en ligne⁷⁶. La faculté pour la société de transmettre un accusé de réception par voie électronique (et non plus seulement par lettre recommandée) n'est qu'une alternative proposée à la société pour exercer son obligation d'accuser réception. Quant à la participation à l'assemblée par voie électronique, elle est

⁶⁹ « ... dans chaque droit domine l'incohérence, sauf, bien sûr, aux juristes nationaux à recourir à des stratégies théoriques et rhétoriques locales pour gommer les ambivalences. Et c'est le caractère artificiel de cette cohérence que la comparaison des droits peut avantageusement dévoiler. » *in*, P. G. Monateri, « Éléments de comparaison des études comparatives » *in*, P. LEGRAND (dir.), *op. cit.* note 54, p. 96.

⁷⁰ « La comparaison exige davantage qu'une simple revue actualisée du droit positif apparemment pertinent, car par lui-même le droit positif n'est rien, ou presque, et la lumière qu'il projette est toute d'emprunt. » *in*, P. LEGRAND, *op. cit.* note 56, p. 48.

⁷¹ « L'efficacité économique est une sorte d'étalon universel à la lumière duquel les droits peuvent être comparés. En d'autres termes, l'intérêt de cette notion est d'introduire dans la comparaison juridique un élément constant supposé neutre et connu. [...] Mais c'est un instrument imparfait, qui porte en lui un risque d'erreur et de manipulation, et qui par conséquent ne doit être utilisé qu'avec précaution. » *in*, Y.-M. LAITHIER, « Le droit comparé et l'efficacité économique », *Revue de droit HENRI CAPITANT*, n° 1, *L'analyse économique du droit et la compétition des droits*, 30.12.2010.

⁷² A. OGUS, « The Economic Approach : Competition Between Legal Systems » *in*, E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN (dir.), *op. cit.* note 59, p. 165; H. MUIR WATT, « Comparer l'efficacité des droits ? » *in*, P. LEGRAND (dir.), *op. cit.* note 54, p. 433.

⁷³ « *Die vergleichende Perspektive ist [...] eine historische Perspektive par excellence.* » *in*, R. SACCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Nomos, 2001, p. 65.

⁷⁴ « *Most French academics focus on comparative law's epistemological function rather than its legislative role. The discipline is considered socially useful in so far as it fosters better understanding, interpretation, and critical analysis of French law. Yet, French academics are critical of the 'normative' use of comparative law...* » *in*, B. FAUVARQUE-COSSON, « Development of comparative law in France » *in*, M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (dir.), *op. cit.* note 48, p. 64.

⁷⁵ K. J. HOPT, *op. cit.* note 49, p. 1162.

⁷⁶ L'absence de publication ne constitue pas un dommage pour l'actionnaire susceptible d'être réparé individuellement, la sanction de ce manquement relevant de la validité de la convocation et de l'assemblée générale.

conditionnée à une série de prescriptions de droit supplétif, telles qu'une modification des statuts et une décision explicite des dirigeants⁷⁷. Il faut enfin se demander si la propagation dans les textes de la voie électronique comme outil d'information, de communication et d'interaction ne relève pas plus de l'effet d'annonce marquant une nouvelle législation, que de la création de nouveaux droits. L'étude des « nouveaux droits de l'actionnaire » appelle à la prudence.

Les technologies d'information et de télécommunication touchent-elles à l'essence, à la substance des droits et obligations du droit des sociétés ? Ces technologies n'apparaissent-elles pas évoquées dans les textes pour ce qu'elles sont avant tout, des outils procéduraux, des instruments relevant en somme de la forme, de l'exercice de droits ou de l'exécution de normes impératives ? Deux approches distinctes peuvent en effet être dégagées.

Soit l'on considère que l'introduction de la voie électronique accompagne la création – ou l'évolution – d'un droit particulier de l'actionnaire ou d'une obligation de la société. Cette hypothèse ne peut se réaliser sans justification, ni base légale claire. Or les questions relatives à l'implication de la voie électronique semblent être abandonnées sans le moindre contrôle au dernier maillon de la chaîne des normes et des textes de nature juridique structurant la société.

Soit la voie électronique est confinée aux questions formelles du droit des sociétés. L'on considèrera alors qu'elle facilite simplement l'exercice des droits existants de l'actionnaire et l'exécution des obligations de la société. Si l'on poursuit ce raisonnement jusqu'au bout, l'évolution du droit devrait tendre à l'assimilation de la voie électronique à la voie postale, et à l'assimilation de la participation électronique à la participation en salle à l'assemblée, ce qui n'est pas encore le cas.

11. Ces deux approches s'opposent de manière ponctuelle pour chaque droit ou obligation impliquant la voie électronique. Aucune n'a *a priori* vocation à s'appliquer à l'ensemble du droit des sociétés. L'enjeu de cette alternative relève toutefois toujours de la répartition du pouvoir décisionnel dans la société anonyme de droit français comme dans la société par actions de droit allemand. Au sein de structures si complexes réunissant des intérêts

⁷⁷ « L'utilisation du dispositif proposé est soumise à une modification préalable des statuts de la société. Cette condition a indéniablement un effet restrictif. Contrairement au vote par correspondance, la participation aux assemblées par des moyens de télécommunication n'est donc pas un droit pour les actionnaires » *in*, AN, Rapport BESSON, *op. cit.* note 14.

paradoxalement si divergents⁷⁸, tout avantage donné à une partie est en effet susceptible d'influencer les rapports de force établis. Il faut dès lors clarifier comment ces avantages sont octroyés, qu'il s'agisse de la création de nouveaux droits et obligations, ou de la « facilitation de l'exercice des droits de l'actionnaires » et de l'exécution des obligations de la société⁷⁹.

Après trois rapports de l'AMF⁸⁰, une directive européenne sur l'exercice des droits des actionnaires de sociétés cotées et un nouveau projet de directive prévoyant de modifier cette première⁸¹, il faut tirer le bilan de l'implication de la voie électronique en droit des sociétés français et allemand. Cela suppose, dans un premier temps, de dresser l'état des réussites et des échecs de l'utilisation de la voie électronique en matière d'information et de communication en période d'assemblée générale (Première Partie)⁸². Il s'agit, dans un second temps, de s'interroger sur la cohérence du régime juridique relatif au vote et la participation à distance à l'assemblée générale (Seconde Partie).

⁷⁸ Ainsi que le souligne le Professeur J.-J. DAIGRE, « l'actionnariat des grandes sociétés se fragmente en groupes aux attentes de moins en moins conciliables » *in*, « Du droit de vote dans les sociétés cotées », *RD bancaire et fin.*, 07-08.2006, p. 1.

⁷⁹ Selon l'expression retenue par le Professeur X. LINANT DE BELLEFONDS, « Le vote électronique pour les assemblées d'actionnaires » *in*, J.-L. AUBERT *et al.*, *Études offertes à Jacques Dupichot : liber amicorum*, E. Bruylant, 2005, p. 316 ; ainsi que dans l'intitulé de l'article 3 quater § 3 de la proposition de directive modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, 09.04.2014, COM(2014) 213 final, 2014/0121 (COD).

⁸⁰ AMF, *Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France*, Rapport Y. MANSION (dir.), 06.09.2005 ; AMF, *Les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées*, Rapport O. POUPART LAFARGE (dir.), 07.02.2012 ; AMF, *Mise en œuvre des propositions du rapport de l'AMF de 2012 sur les assemblées générales d'actionnaires des sociétés cotées*, 11.02.2015.

⁸¹ Proposition de directive modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, 09.04.2014, COM(2014) 213 final, 2014/0121 (COD).

⁸² Cette étude est particulièrement large, comme le relève justement le Professeur M. Germain, « La communication numérique et le vote dans les sociétés » *in*, *La communication numérique, un droit, des droits*, B. TEYSSIE (dir.), éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 123.

PREMIERE PARTIE

-

**INFORMATION ET COMMUNICATION
PAR VOIE ELECTRONIQUE EN PERIODE
D'ASSEMBLEE GENERALE DES ACTIONNAIRES**

12. Dans un cadre juridique si structuré, du moins si détaillé que celui réglementant la période préalable à l'assemblée générale des actionnaires, l'internet pose autant de problèmes en droit qu'il en résout en pratique. La manière dont le législateur et le pouvoir réglementaire traitent les nouvelles technologies d'information et de communication trahit tant le potentiel qu'elles présentent que les craintes qu'elles suscitent.

13. L'information de l'actionnaire individuel est son premier pouvoir. Le droit de l'actionnaire d'être informé régulièrement sur la santé financière de la société n'est du reste que l'obligation pour la société de procéder à la récolte et à la diffusion de ces informations. Le droit à l'information de l'actionnaire est un pouvoir de contrôle. Sans ces informations substantielles, aucun autre droit ne peut être exercé intelligemment⁸³. L'information de l'actionnaire concerne aussi la mécanique de la société, l'organisation des assemblées générales ainsi que les formalités afférentes. Sans éclairages d'ordre procédural, aucun droit ne sera en pratique exercé. L'information de l'actionnaire est donc la base de sa liberté d'agir en tant qu'agent économique comme en sa qualité d'associé.

Les modalités d'information sont variées. Il peut s'agir d'un droit subjectif, tel que le droit d'obtenir communication des rapports des commissaires aux comptes⁸⁴. L'actionnaire joue alors un rôle actif, il doit exercer son droit et respecter les formalités y étant liées pour accéder à une information particulière. L'information est cependant « passive » lorsque l'actionnaire est le bénéficiaire d'une obligation de la société de publier ou de communiquer. La simple publication d'une information ne suffit pas à ce qu'elle arrive à l'actionnaire. Un minimum de bonne volonté est attendu de l'actionnaire, qui peut en principe se contenter de consulter le site internet de la société ou les journaux d'informations légales, autour desquels l'information transite. Cette bonne volonté fait pourtant souvent défaut ; là réside la force de la communication directe entre la société et l'actionnaire.

14. Bien que l'internet ne remette pas ces constats en cause, l'observation des rouages de la diffusion et de l'accès à l'information sur internet ou par communication électronique est riche en enseignements. Rappelons, d'une part, que la voie électronique s'est développée parallèlement aux autres modes de diffusion de l'information. Une nouvelle réglementation a

⁸³ Même le droit de poser des questions au conseil d'administration ou au directoire de sociétés cotées conféré par l'article 9 de la directive « actionnaires » est limité à un objet particulier, à savoir les points inscrits à l'ordre du jour d'une assemblée générale, information que la société doit communiquer à ses actionnaires. La situation est toutefois autre en droit national.

⁸⁴ Cf. art. R. 225-83 et 89 C. com.

vu le jour. Pour en identifier les bénéficiaires, il faudra analyser dans quelle mesure les nouvelles règles se sont ajoutées aux anciennes voire si elles les ont remplacées. La réglementation relative à l'information par voie électronique évolue-t-elle de manière autonome ? L'internet a inspiré la création de nouveaux modes d'information des actionnaires, dont l'opportunité n'est pas toujours assurée et doit être évaluée. La multiplication des canaux de diffusion de l'information fait courir le risque de la rendre diffuse (Titre 1).

15. Si la communication électronique est une manière pour la société de diffuser l'information, c'est aussi un moyen pour l'actionnaire d'exercer ses droits. La principale difficulté réside dans le fait que toute forme de communication suppose un expéditeur et un destinataire identifiés. L'identification de l'actionnaire, qu'il soit expéditeur ou destinataire d'une information, a longtemps compliqué la tâche tant des sociétés que des actionnaires. D'un côté, l'actionnaire anonyme est une personne avec laquelle la société ne peut pas directement communiquer. Une meilleure communication de la société vers l'actionnaire individuel légitime-t-elle pour autant le recul de l'anonymat de l'actionariat ? De l'autre côté, la simplification des procédures électroniques d'identification des actionnaires auprès de la société permet en principe à ces derniers d'exercer plus rapidement et plus justement leurs droits. Au regard des termes et délais pour l'exercice des droits des actionnaires et des obligations de la société en période d'assemblée générale, la communication électronique entre la société et l'actionnaire devrait aujourd'hui être la norme. Tel n'est pas le cas, et la simple présentation du droit des sociétés consacré à la communication témoigne du paradoxe dont souffre la voie électronique comme moyen de communication entre la société et ses actionnaires (Titre 2).

TITRE 1

-

DE L'INFORMATION DIFFUSEE A L'INFORMATION DIFFUSE

« La loi nouvelle a voulu qu'ils fussent bien édifiés avant de se présenter à l'assemblée générale »⁸⁵.

16. La puissance d'internet est aussi sa faiblesse. L'immensité des ressources nivelle la qualité des sources de contenu vers le bas. Le foisonnement des informations ne permet pas l'information des actionnaires. Au-delà de la nature de l'information, il s'imposa de réglementer ses nouveaux canaux de distribution. À trop s'immiscer dans le travail de la pratique, le droit prend cependant le risque de bloquer une évolution souple des modalités d'information des actionnaires. Des concepts de gouvernement d'entreprise se sont placés entre le droit et la pratique, dans une « zone tampon » rassurant tant le législateur que les sociétés anonymes, et ont participé à la généralisation du recours à internet pour la diffusion d'informations relatives à l'assemblée générale. Une présentation succincte de l'approche suivie par les textes relatifs au gouvernement d'entreprise offre, en guise d'introduction, une première illustration de l'instabilité du contexte juridique dans laquelle la voie électronique évolue.

17. « Le gouvernement d'entreprise fait référence aux relations entre la direction d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes »⁸⁶. Il repose sur des textes de nature différente trouvant leurs sources dans les trois « étages » du droit (national, européen et international). Leur articulation est riche en enseignements sur le jeu entre les objectifs que se donnent la pratique et les transcriptions en droit de décisions

⁸⁵ H.-F. RIVIERE, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, Comm. ss art. 35, Paris : A. MARESCQ AINE, 1868, p. 281.

⁸⁶ OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, 1999 (2004), p. 11.

politiques. Si les textes en question sont avant tout destinés aux sociétés dont les titres sont admis à la cote d'un marché réglementé, ils encouragent explicitement les autres sociétés par actions à appliquer, à leur niveau, les lignes directrices du gouvernement d'entreprise. En revendiquant l'universalisme de leurs recommandations, ces textes méconnaissent toutefois le fait que les sociétés non cotées n'ont vocation ni à s'ouvrir ni à s'uniformiser comme les sociétés cotées. La particularité de ces textes reste finalement d'avoir une portée contraignante limitée voire nulle. Il s'agit avant tout de recueils de standards et de recommandations⁸⁷.

18. Au niveau international, le texte de l'OCDE de 2004 consacré aux « Principes de gouvernement d'entreprise » a vocation à inspirer les États membres de l'organisation dans la rédaction de « codes nationaux » de gouvernement d'entreprise⁸⁸. L'introduction de sa cinquième partie intitulée « Transparence et diffusion de l'information » énonce qu'un « régime de gouvernement d'entreprise doit garantir la diffusion en temps opportun d'informations exactes sur tous les sujets significatifs concernant l'entreprise, notamment la situation financière, les résultats, l'actionnariat et le gouvernement de cette entreprise ». L'OCDE insiste sur le fait que « les modes de diffusion retenus doivent permettre aux utilisateurs d'accéder aux informations pertinentes dans des conditions équitables, en temps opportun et au meilleur coût »⁸⁹, l'internet étant le seul outil présenté comme répondant à ces recommandations.

19. Au niveau national, la France et l'Allemagne connaissent chacune un « code » de gouvernement d'entreprise. La méthode adoptée des deux côtés du Rhin fut cependant très différente. Certains auteurs remarquent justement que dans les pays où la législation est moins présente, les codes de gouvernement d'entreprise sont utiles à la formation du droit⁹⁰. L'on pense bien sûr aux pays de *common law*, dans lesquels les *Codes of Best Practice* sont

⁸⁷ Trois types d'expressions font varier l'intensité du caractère (non-)contraignant des dispositions. D'abord, les dispositions utilisant le verbe devoir au présent de l'indicatif pour conférer une certaine autorité à une recommandation particulière (« doit avertir / doit évaluer... », la doctrine allemande parle de '*Muss*'-*Vorschriften*), alors qu'elles reprennent largement des dispositions législatives ou réglementaires existantes. On trouve ensuite les recommandations (*Empfehlungen*) au sens strict du terme (« la commission recommande... », mais aussi « la société devrait faire attention à / informe alors explicitement / s'engage dans ce cas à... », dispositions classées en droit allemand dans la catégorie '*Soll*'-*Vorschriften*). Enfin, les textes peuvent encourager certains comportements simplement en les citant, en les approuvant ou en présentant une alternative (« la société qui choisit de / peut décider de... », la doctrine allemande parle alors de '*Kann*'-*Vorschriften*).

⁸⁸ OCDE, *loc. cit.* (note 86).

⁸⁹ *Idem*, V - lettre E, p. 62.

⁹⁰ Résolution du Comité exécutif de la CES, « Gouvernance d'entreprise au niveau européen », n° 10.

monnaie courante et assurent une jonction entre le droit et les professionnels. Tel n'est cependant pas le cas en France et en Allemagne où l'instrument législatif et/ou réglementaire est manié plus aisément.

Côté français, il faut citer le texte de l'AFEP et du MEDEF intitulé « Le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées ». Inspiré en octobre 2003 par la réunion des rapports *Viennot* de 1995 et 1999, puis du rapport *Bouton* de 2002, ledit « code AFEP-MEDEF » est régulièrement actualisé et permet deux observations. Premièrement, la loi NRE du 15 mai 2001 ainsi que la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 ont repris largement des dispositions des textes alors existants relatifs au gouvernement d'entreprise⁹¹. Deuxièmement, après de longues années d'absence, l'internet a fait son entrée, timidement en 2011 et plus nettement en juin 2013, dans un texte qui ne dispose toutefois d'aucune partie propre à la transparence.

Côté allemand, un code a été établi en 2002 par une commission gouvernementale sous la tutelle du ministère fédéral de la justice et est régulièrement mis à jour. Le *Deutscher Corporate Governance Kodex* (DCGK) est entre autre né en réponse aux critiques sur la sphère internationale relatives à une « mauvaise prise en compte des intérêts des actionnaires », ainsi qu'à une « transparence lacunaire en ce qui concerne la direction des entreprises »⁹². Notons que les références au site internet de la société et à la communication par voie électronique ont tendance à disparaître du texte⁹³ et ce, pour deux raisons possibles : il est probable que des recommandations trop larges impliquant des publications en ligne soient de véritables contraintes pour les sociétés ; il semble cependant surtout que les nouvelles technologies d'information et de télécommunication ont perdu de leur nouveauté et les références à l'internet, qui relevaient ainsi plutôt de l'incitation et de l'effet d'annonce, ont été bien assimilées par la pratique ou par le droit et n'ont plus lieu d'alourdir les textes inutilement.

⁹¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 19^{ième} éd., § 500.

⁹² Site internet de la Commission gouvernementale allemande précité [dcgk.de]. Il est intéressant, car paradoxal, que les motivations d'un texte né d'une commission gouvernementale soient autant tournées vers l'étranger, alors que le code français, « initiative des entreprises elles-mêmes soucieuses de préciser certains principes de bon fonctionnement et de transparence » n'avance pas de telles préoccupations (Code AFEP-MEDEF, 2013, Préambule).

⁹³ Dans sa version originale de 2002, le n° 6.4 DCGK disposait que « la société, pour faire parvenir aux actionnaires et investisseurs une information actuelle et égale, devrait utiliser des moyens de communication appropriés, tel que l'internet ». Le texte incitait à ce que les informations publiées par les sociétés soient aussi accessibles sur leur site internet respectif (n° 6.6 DCGK). Ces recommandations ont disparu dans la version de 2013 du DCGK.

20. Au niveau européen, il n'existe ni code, ni dispositions spécifiques à l'utilisation d'internet pour le gouvernement d'entreprise. L'Union européenne s'intéresse cependant de près à cet instrument : le Forum européen du gouvernement d'entreprise incita ainsi dès 2006 les États membres de l'UE à adopter ou à faire adopter un code de gouvernement d'entreprise à l'échelle nationale⁹⁴. Les travaux du Forum changèrent de plus les rapports entre la « *soft law* » et la « *hard law* »⁹⁵.

En effet, si les codes nationaux de gouvernement d'entreprise permettaient d'introduire de manière souple certaines pratiques dans la vie des sociétés, la directive n° 2006/46/CE⁹⁶ introduisit une certaine contrainte dans les législations nationales, à savoir la règle d'origine américaine « *comply-or-explain* ». L'harmonisation européenne est ici basée sur un phénomène d'influence ascendante, le droit allemand l'ayant introduit dès 2002 au § 161 AktG⁹⁷. Le droit allemand impose que la déclaration de (non-)conformité au Kodex soit en « permanence accessible aux actionnaires », condition à laquelle seul le site internet de la société répond de manière satisfaisante. La jurisprudence allemande a rappelé que la direction ne pouvait s'abstenir de prendre en considération le *Kodex* auquel elle s'est soumise sans condition, en allant jusqu'à permettre l'annulation d'une décision du conseil de surveillance (*Aufsichtsrat*) contraire au code, sur le fondement de la violation du § 161 AktG⁹⁸. Introduite en France notamment à l'article L. 225-37 al. 6 C. com.⁹⁹, la règle fait indirectement allusion au code AFEP-MEDEF¹⁰⁰ sans l'imposer comme texte de référence¹⁰¹. Aucun texte n'est d'ailleurs imposé, si bien que la société peut se contenter d'indiquer dans un rapport du conseil d'administration « les règles retenues en complément des exigences requises par la loi

⁹⁴ « *The Forum urges Member States who have not yet adopted a code to do so.* » in, Déclaration du Forum européen du gouvernement d'entreprise sur le principe « *comply-or-explain* », 22.02.2006, n° 8.

⁹⁵ L'expression « droit mou » est controversée. Elle fut qualifiée par le Parlement européen « d'aberration conceptuelle », car servant à désigner des instruments n'ayant « aucune valeur juridique ni aucun caractère contraignant » et ne pouvant dès lors être qualifié de droit, dans une surprenante diatribe à l'occasion d'une proposition de résolution sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (*soft law*, 2007/2028(INI)). Cependant, ainsi que le rappellent justement certains auteurs, ces instruments « sont loin d'être privés de tout effet juridique » (J.-S. BERGE, S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, 1^e éd., p. 372, § 480). Ces instruments offrent une « souplesse incomparable » aux juristes comme aux professionnels concernés. De plus, la « valeur interprétative » accordée à certains égards tend à rendre floues les frontières entre ces instruments et « le droit contraignant », dont l'application n'est pas remise en cause.

⁹⁶ Cf. art. 1 n° 7 dir. n° 2006/46/CE du 14.06.2006.

⁹⁷ Par l'art. 1 n° 16 *Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG)*, cf. M. HECKELMANN, *Hauptversammlung und Internet*, Nomos, 2006, p. 72.

⁹⁸ OLG München, 06.08.2008, AZ 7 U 5628/07, WM 2009, p. 658.

⁹⁹ Cf. art. 26 loi n° 2008-649 du 03.07.2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, JORF 04.07.2008, p. 10705.

¹⁰⁰ En citant, « un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises »...

¹⁰¹ Contrairement au § 161 AktG qui ne fait que référence qu'au DCGK.

et explique[r] les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce [sic ¹⁰²] code de gouvernement d'entreprise ».

21. La combinaison des recommandations (standards internationaux, codes de conduite) et de dispositions juridiques (directive européenne, lois et règlements nationaux) a tendance à « créer une incertitude des définitions qui affecte la prévisibilité des normes, fondement de la sécurité juridique »¹⁰³. En pratique, une certaine insécurité se dégage en effet lorsque toutes sortes d'informations sont mélangées et accessibles depuis la même page internet, le mélange des sources et des genres étant susceptible de faciliter la diffusion d'informations trompeuses¹⁰⁴.

22. L'adaptation du droit des sociétés aux technologies d'information est riche en enseignements. L'internet offre un accès gratuit et immédiat à toute information ayant vocation à être communiquée. Aussi n'est-il pas étonnant que le média s'impose comme le plus efficace canal de distribution des informations devant ou pouvant être communiquées aux actionnaires en période d'assemblée générale. Si la voie électronique se substitue assez naturellement aux moyens traditionnels d'accès à l'information, elle impose toutefois un nouveau cadre juridique qui ne connaît qu'une alternative : se superposer à l'ancien ou le remplacer (Chapitre 2).

Les expériences construites autour du média sont de même intéressantes. Quelques réflexions furent mises en pratique afin d'utiliser l'internet comme source d'information à part entière. Qu'il s'agisse d'un forum des actionnaires ou de la rediffusion vidéo en libre accès sur internet de l'assemblée générale, les droits allemands et français ne laissent aucun effort d'ouverture au hasard, et guère plus de marge de manœuvre à la pratique (Chapitre 1).

¹⁰² On constatera que les sociétés ne faisant allégeance à aucun texte d'une quelconque corporation doivent indiquer les raisons pour lesquelles elles ne respectent pas « ce » texte... La formulation malheureuse trahit le malaise de la législation française face à au gouvernement d'entreprise qu'elle couve sans en avoir le contrôle ; cf. V. MAGNIER, « Gouvernance des sociétés cotées », *Rép. soc.*, 2010.

¹⁰³ M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, p. 261.

¹⁰⁴ L'ancien n° 6 DCGK (modifié en 2013) invitait par exemple à ce que le site internet de la société soit structuré de manière claire, ce que l'on ne retrouve ni dans le texte de l'OCDE, ni dans le code français. En Allemagne comme en France, certaines sociétés jouent en effet volontiers avec les frontières de ce qu'elles veulent et de qu'elles doivent publier, pour la praticabilité voire l'esthétisme de la page internet, ou afin de se montrer plus ouvertes qu'elles ne le sont vraiment. Chez d'autres sociétés, mieux intentionnées ou mieux conseillées, les menus des sites internet font ainsi explicitement la distinction entre ledit « espace actionnaire » et les « informations réglementées » ; cf. COB, « Les marchés financiers à l'heure d'Internet », *Les Entretiens de la COB*, 1998, table ronde n° 1, p. 12.

CHAPITRE 1 - L'ILLUSION DE LA TRANSPARENCE EN DROIT DES SOCIÉTÉS

23. « La transparence a progressivement envahi le droit », écrit le Professeur N. Rontchevsky¹⁰⁵. Le concept de transparence est fondé sur le pari que la protection des investisseurs participe de l'efficacité du marché. La protection des investisseurs n'est en réalité que le gage de moralité de « l'idéal de transparence » en droit des affaires¹⁰⁶. Quand le Professeur G. Ripert opposait deux forces créatrices du droit, l'une économique, l'autre morale, il estimait qu'il appartient aux juristes de lutter contre la première grâce à la seconde¹⁰⁷. Si la transparence a vocation à « moraliser » le monde des affaires en impliquant l'actionnaire dans la vie de la société, il ne faut pas s'y méprendre : à la frontière du droit financier et du droit des sociétés, elle huile avant tout les rouages des marchés financiers¹⁰⁸. Le premier objectif de la directive européenne dite « transparence » de 2004 fut de simplifier l'accès des sociétés aux marchés intra-communautaires en harmonisant *a minima* les obligations relatives à la publicité financière fixées dans les différents États membres¹⁰⁹.

24. La transparence est ainsi un phénomène relevant du droit financier mais débordant sur le droit des sociétés¹¹⁰. Il ne sera pas question dans ce chapitre de transparence financière,

¹⁰⁵ N. RONTCHEVSKY, « Principaux aspects de la transposition de la directive 'Transparence' en droit français », *RD bancaire et fin.*, 01-02.2007, n° 1, p. 47.

¹⁰⁶ Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer les motivations de différents textes officiels de l'OCDE comme de la Commission européenne sur le sujet : « Des marchés de valeurs mobilières efficaces, transparents et intégrés contribuent à un véritable marché unique dans la Communauté et stimulent la croissance ainsi que la création d'emplois par une meilleure répartition des capitaux et une réduction des coûts. La divulgation d'informations exactes, complètes et fournies aux moments adéquats sur les émetteurs de valeurs mobilières est garante d'une confiance durable des investisseurs et permet d'apprécier en connaissance de cause les résultats économiques et les actifs de ces émetteurs, ce qui renforce à la fois la protection des investisseurs et l'efficacité du marché. » *in*, Cons. n° 1 dir. « Transparence ».

¹⁰⁷ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 423, cité par M. DELMAS-MARTY, *op. cit.* note 103, p. 8.

¹⁰⁸ C. KUMPAN, « Transparenz als Mittel der Kapitalmarktregulierung », *WM* 17/2006, 797.

¹⁰⁹ Sans confondre les objectifs (la transparence) et les moyens (l'internet), relevons qu'internet est placé dans une situation comparable. L'internet est pour l'actionnaire un outil de contrôle sur la société, en ce qu'il lui donne un large accès à l'information. Mais les flux d'informations et de communication sont liés aux flux financiers et permettent en effet avant tout aux marchés de fonctionner plus mécaniquement, plus rapidement.

¹¹⁰ « Un régime rigoureux de diffusion de l'information, favorisant une véritable transparence, est l'une des pierres angulaires de la surveillance des sociétés par des mécanismes du marché et elle conditionne la capacité des actionnaires à exercer en connaissance de cause les droits qui leur reviennent en leur qualité de détenteurs du

mais de la transparence dans le gouvernement des sociétés du point de vue de l'actionnaire. Il s'agit d'étudier deux expressions différentes de la transparence en droit des sociétés dans le cadre de la prise de décision commune. Cette transparence a lieu en ligne et concerne donc directement le cyber-actionnaire. Si le premier visage de la transparence est évidemment le site internet de la société, il est avant tout utilisé pour des obligations de diffusion de la société que le droit connaissait déjà pour la plupart, et qui feront l'objet de prochains développements¹¹¹.

25. L'organe de direction de la société intégrant l'actionnaire est l'assemblée générale. La tendance est à la rediffusion vidéo sur internet des assemblées de sociétés cotées. La retransmission, le plus souvent enregistrée et accessible *a posteriori*, enrichit le site internet en informations. Elle est un effort d'ouverture vers le public s'inspirant de « l'idéal démocratique » de transparence. Les questions soulevées par la retransmission vidéo publique d'un événement privé ayant lieu au sein d'une société dite anonyme pose toutefois les limites de la transparence en droit des sociétés (Section 2).

De manière générale, le jeu de la transparence paraît être relativement bien accueilli par les sociétés tant qu'il n'est pas en mesure de déranger les équilibres établis. La création, en droit allemand, d'un forum internet des actionnaires en est l'exemple le plus flagrant. La mise en place du forum, dont l'ambition aurait dû être de réunir les actionnaires minoritaires préalablement à l'assemblée pour discuter et proposer communément des projets de résolution, fut un véritable coup d'épée dans l'eau (Section 1).

SECTION 1 - LE FORUM DES ACTIONNAIRES

26. Pensé dans l'UMAG de 2005¹¹², l'*Aktionärsforum* est une plate-forme électronique annexée au site internet du *Bundesanzeiger*¹¹³ et destinée à faciliter la communication entre les actionnaires, sans l'intermédiaire de la société¹¹⁴. Son ambition était de rééquilibrer la

capital. » in, OCDE, « V – Transparence et diffusion de l'information », in *Principes de gouvernement d'entreprise*, p. 53.

¹¹¹ V. *infra*, « L'essor de l'information réglementée en ligne », § 71.

¹¹² UMAG, 22.09.2005, BGBl. I, p. 2802.

¹¹³ Journal officiel de droit allemand.

¹¹⁴ RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, 14.03.2005, p. 15.

perte de pouvoir subie par les actionnaires minoritaires en raison de l'agrandissement du flottant et de l'internationalisation de l'actionnariat. Sa création répondait indirectement à la suppression par la NaStraG de 2001 du droit de consultation du registre des actionnaires – qui permettait de prendre contact avec d'autres actionnaires, notamment avec ceux dont la participation dans le capital était susceptible d'atteindre les quorums légaux¹¹⁵. Le forum des actionnaires permet de publier en ligne des appels à l'intention des autres actionnaires d'une société par actions, dans l'intention de réunir les quorums exigés par la loi pour l'exercice commun de certains droits politiques, tels que la demande d'adjonction de points ou de projets de résolution à l'ordre du jour.

Née d'une idée prometteuse, le projet de forum des actionnaires indépendant n'a jamais connu l'essor qui lui était destiné. L'échec trahit le résultat d'un consensus politique peu ambitieux reflétant nettement les craintes non dissimulées de certaines sociétés. Bien que ces sociétés n'aient jamais cru au succès du forum, elles sont parvenues à le priver de toute substance. Leur seule inquiétude résidait dans la mauvaise publicité que tout message les concernant serait susceptible de provoquer¹¹⁶.

Le bilan après deux ans d'utilisation faisait déjà état d'un échec. Seule une association de protection des actionnaires (DSW) s'est régulièrement servi du forum, cependant dans l'unique intention d'étendre le champ des destinataires de simples recommandations de vote¹¹⁷. Quelques actionnaires individuels y publièrent des appels sans suites. Sévèrement accueilli par la doctrine comme par la pratique, le forum est resté désert. Il n'a jamais été une véritable plate-forme d'échange, un forum de discussion, au sens strict du terme. Presque dix ans après sa création, la plate-forme est abandonnée¹¹⁸. Les discussions ont lieu en pratique autre part, notamment en relation aux articles de la presse financière électronique et sur les forums des sites de courtage en ligne, donc de manière éparse, désordonnée et fortement contextuelle. En pratique, le forum ne ressemble pas à d'autres forums internet. Il ne permet pas à chacun de commenter, de discuter les appels. Aucune place n'est même accordée pour une quelconque justification : il s'agit en effet toujours d'une simple « colonne d'affichage électronique »¹¹⁹, « tableau en liège pour carte de visite »¹²⁰.

¹¹⁵ Cf. § 67 VI AktG, RegE NaStraG, BT-Drs. 14/4051, 08.09.2000, p. 2.

¹¹⁶ W. BAYER, T. HOFFMANN, « Das Aktionärsforum im Dornröschenschlaf », AG, 2013, R61.

¹¹⁷ De la publicité, donc, pour cette association. U. NOACK, « Die moderne Präsenzhauptversammlung mit Internetanbindung » in, M. D. KLEY *et al.*, *Aktie und Kapitalmarkt - FS R. v. ROSEN*, Schäffer-Poeschel, 2008, p. 280.

¹¹⁸ U. NOACK, « Das Aktionärsforum im Bundesanzeiger: ein Flop », Blog Handelsblatt - Rechtsboard, 18.03.2013.

¹¹⁹ « Litfaßsäule », U. Noack, M. D. Kley *et al.*, *loc. cit.* note 117.

En 2007, le Professeur U. Noack ironisait déjà sur le lancement raté du forum, et invitait à attendre quelques années avant de repenser le forum¹²¹. Ces années sont passées. Les pays voisins observent le droit allemand et sont tentés de s'en inspirer¹²². Il est donc nécessaire de s'attarder sur les raisons de cet échec (§ 1). En toute hypothèse, le forum des actionnaires doit être abandonné ou repensé (§ 2).

§ 1 - Régime juridique lourd

27. Un regard suffit pour comprendre que le projet est noyé dans des textes inutiles : un article de l'*Aktiengesetz* (I), une ordonnance à son nom (I) ainsi que des conditions générales d'utilisations du gérant du site (III).

I - Une loi simple et neutre

28. Créé à cet effet, le § 127a I AktG dispose que les actionnaires ou associations d'actionnaires peuvent appeler d'autres actionnaires sur le forum à poser des demandes d'adjonction ou des contre-propositions, ainsi qu'à exercer leur droit de vote à l'assemblée, conjointement ou par mandat. Le § 127a II AktG liste ensuite quelques indications sur le contenu de ces « appels » (*Aufforderung*) sur le forum. Il s'agit de règles *a priori* de bon sens dont la non observation emporte suppression de l'appel : nom et adresse (électronique mais aussi postale¹²³) de l'actionnaire ou de l'association, nomination sociale de la société en question, demande d'adjonction, contre-proposition ou recommandation de vote relatif à un point de l'ordre du jour, jour de l'assemblée.

29. Les 3^e et 4^e alinéas dudit paragraphe sont intéressants à plusieurs titres. Ils font allusion à des renvois vers des sites internet extérieurs et indépendants du forum. L'alinéa 3 autorise les auteurs des appels, *a priori* des actionnaires, à indiquer un lien renvoyant vers un site internet personnel. Cette faculté est unanimement refusée à l'actionnaire dans la rédaction

¹²⁰ « Pinwand [sic] mit Kontaktadresse », O. RIECKERS, in G. SPINDLER, E. STILZ, *Kommentar zum Aktiengesetz*, C.H. Beck, 2^e éd., 2010, « § 127a AktG », § 17.

¹²¹ U. NOACK, « Das offizielle Aktionärsforum - nichts los », *notizen.duslaw.de*, 23.04.2007.

¹²² P. FORSTMOSER, H. WOHLMANN, K. HOFSTETTER, « Stärkung der Aktionärsdemokratie durch das Internet », *Neue Zürcher Zeitung* (Suisse), 03.04.2012.

¹²³ O. RIECKERS, *op. cit.* note 120, § 18.

de la justification des contre-propositions¹²⁴. On peut en effet considérer que la société n'a pas à publier des liens vers des sites internet qui lui sont *a priori* hostiles. *A contrario*, il relève de la liberté d'expression des actionnaires de librement publier sur le forum des actionnaires, plate-forme tierce et indépendante, les informations nécessaires au développement de leurs propos, si nécessaire par l'intermédiaire d'une page d'un autre site internet. La seule véritable limite substantielle est celle fixée par la loi pénale (diffamation, contenu illégal, divulgation de secrets professionnels, d'affaires, industriels ou commerciaux, etc.).

De son côté, la société est explicitement autorisée à renvoyer les lecteurs du forum à un avis qu'elle aurait publié sur son site internet. Cette faculté est limitative. La société ne peut pas s'exprimer sur le forum plus que les actionnaires. Cela ne serait de toute manière pas recommandé, pour la simple raison que les informations ou avis de la société doivent être émis d'une voix et accessibles depuis le moins de canaux possible. En d'autres termes, tout avis officiel de la société doit être publié et accessible depuis le site internet de la société, afin de ne pas porter atteinte à l'égalité des actionnaires face à l'accès à l'information.

30. Enfin, le § 127a V AktG donne pouvoir au ministère de la justice pour réglementer par ordonnance les questions relatives à la conception du forum, aux appels, au renvoi, aux frais, au droit et aux délais de suppression des appels, aux abus et à leur vérification.

II - Une ordonnance sclérosante

31. L'ordonnance réglementant le forum des actionnaires (AktFoV¹²⁵) apporte de trop nombreuses précisions sur la nature et le fonctionnement du forum. En dictant à outrance au gérant du forum comment procéder, le texte a sclérosé le projet. Pour saisir l'influence des pourfendeurs du projet et des partisans d'autres projets (privés) sur la rédaction du texte, ce dernier doit être présenté dans son ensemble. En effet, afin « de prévenir tout abus, la publication d'un appel ne peut avoir lieu que si un actionnaire ou une association d'actionnaires » observe une série d'obligations relatives à son identification, à la procédure de publication, aux moyens de paiements et à la légalité du contenu (§ 3 AktFoV).

¹²⁴ V. *infra*, § 150.

¹²⁵ *Aktionärsforumsverordnung*, 22.11.2005, BGBl. I, p. 3193.

A) Accessibilité

32. Le § 1 AktFoV rappelle premièrement que le forum des actionnaires est partie intégrante du *Bundesanzeiger*, et qu'il est accessible à travers les trois adresses suivantes. La première [bundesanzeiger.de] comporte en effet un lien discret dirigeant vers le forum. La seconde [unternehmensregister.de] ne comporte aucun lien apparent vers le forum et ne permet pas de le trouver par une recherche. Tout au plus trouve-t-on les conditions générales d'utilisation du forum sur une page assimilée relative aux publications du registre des sociétés et du commerce. En pratique sans conséquences, juridiquement problématique : une loi de 2006 a créé un § 8b HGB relatif au registre des sociétés qui précise bien que les publications au sens du § 127a AktG doivent être accessibles depuis le site internet de dudit registre (*Unternehmensregister*).

La troisième adresse pose quant à elle de vrais problèmes et suscite des interrogations non soulevées par la doctrine. Une première version de l'ordonnance citait l'adresse : www.aktionärsforum.de, avec un « *a-Umlaut* ». Cette adresse est toujours valide et dirige en effet directement vers le forum hébergé sur le *Bundesanzeiger*. Une loi portant modification de nombreux et divers textes, a corrigé l'ordonnance relative au forum des actionnaires¹²⁶. La seule modification touche cette dernière adresse du § 1 I AktFoV : le « *a-Umlaut* » (ä) de *Aktionär* laisse la place à la combinaison « ae » pour *Aktionaer*. Cela est toléré par les usages (plus que par la grammaire allemande, étonnamment silencieuse sur la question) pour des raisons d'ordre pratique, notamment lorsque les *Umlaut* sont absents d'un clavier informatique – mais aussi pour les formulaires à case¹²⁷. L'adresse indiquée depuis 2011 dans l'ordonnance est donc la suivante : www.aktionaersforum.de.

Or ce que semble ignorer le législateur, c'est que le codage d'URL (*Uniform Resource Locator*, i.e. l'adresse internet) accepte parfaitement les *Umlaut*¹²⁸. Les adresses « aktionärsforum.de » et « aktionaersforum.de » sont donc deux URL différentes qui ne dirigent pas nécessairement vers un serveur identique. En l'espèce, les deux adresses dirigent vers deux serveurs différents et donc vers deux sites internet distincts. Le premier (*a-Umlaut*) dirige vers le forum des actionnaires du *Bundesanzeiger*, le second (*ae*) vers le site internet

¹²⁶ Art. 2 al. 50 *Gesetz zur Änderung von Vorschriften über Verkündung und Bekanntmachungen sowie der Zivilprozessordnung, des Gesetzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung*, 22.12.2011, BGBl. I, p. 3044.

¹²⁷ Les *Umlaut*, longtemps grands oubliés des traitements de textes, sont aujourd'hui plutôt bien intégrés.

¹²⁸ Le *a-Umlaut* dispose en effet d'un code ASCII propre, différent des lettres « a » et « e » accolées ; sur les règles relatives à l'enregistrement des noms de domaines, cf. C. FERAL-SCHUL, *Cyberdroit - Le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz, 6^e éd., 2012, p. 608.

géré par une société par actions éponyme *Aktionärsforum AG*. Créée en 2009, cette société berlinoise s'est donnée pour vocation de remplacer le « forum des actionnaires officiel » – à défaut, d'y proposer une alternative viable¹²⁹. Les guillemets sont de mise, puisque ces deux forums différents sont apparemment tout autant officiels l'un que l'autre, puisque reconnus dans la nouvelle version de l'ordonnance. Pourtant, le forum de cette société privée, non explicitement mandatée, ne respecte pas les dispositions de l'ordonnance, et ne reprend aucunement les messages du forum original du *Bundesanzeiger*.

33. Il reste à savoir par quel coup de force ou de pouce l'*Aktionärsforum AG* est parvenue à faire inscrire l'adresse de son site internet dans l'ordonnance d'application de l'*Aktiengesetz*. Cela est d'autant plus intéressant que l'inscription a eu lieu par l'intermédiaire d'une « loi fourre-tout », sans que personne ne le remarque ou ne ressente le besoin de le commenter¹³⁰. Le législateur n'a fait peut-être fait que suivre, en 2011, les recommandations émises en 2005 par le Professeur U. Seibert sur mission du ministère de la justice, dans un texte exposant les motifs de l'ordonnance¹³¹. L'auteur invitait en effet dans la justification publiée au *Bundesanzeiger* à prévoir d'autres adresses internet dirigeant vers le forum, afin d'améliorer la visibilité et « l'utilisabilité »¹³² du forum, en considération d'éventuelles fautes de frappe (*www.akitonärsforum.de*, sic) ou des différentes orthographes du terme (*www.aktionärsforum.de*)¹³³. Si la première URL imaginée renvoie effectivement vers le site internet du forum¹³⁴, ce n'est pas (plus ?) le cas pour la seconde. Le ministère s'est certainement fait duper dans la petite guerre que se mènent particuliers, cabinets d'avocats et

¹²⁹ Manager Magazin online, « 'Aktionärsforum' geht an den Start », 23.12.2009.

¹³⁰ Ni le Professeur W. Bayer, de l'*Institut für Rechtstatsachenforschung* de l'Université de Jena (in, T. HOFFMANN, *loc. cit.* note 116), ni le Professeur U. Noack n'y font écho dans leurs commentaires respectifs des entreprises parallèles et privées de création de forums pour les actionnaires ; pas plus, bien sûr, que D. Thoma, dont la thèse sur le forum était déjà publiée en 2010 (*Das Aktionärsforum nach § 127a AktG - Moderne und Erfolg versprechende Regelung im Kontext abweichender Einsatzmöglichkeiten des Internets?*, Thèse, Logos, 2010, p. 28).

¹³¹ Directeur du service dédié au droit des sociétés au sein dudit ministère, il y a fort à penser qu'il soit lui-même à l'origine de cet amendement tardif.

¹³² « L'utilisabilité est un néologisme tiré de *usability* qui lui-même est un néologisme anglais tiré de *usable*. Ce concept qui date du début des années 1980 fait généralement référence aux attributs suivants: facilité d'apprentissage et d'utilisation, efficacité d'utilisation, facilité de mémorisation, utilisation sans erreurs, satisfaction (Senach, 1993; Bastien & Scapin, 2001; Nielsen, 1993; Shneiderman, 2009). On peut représenter cette dimension par la prise en compte, pour un dispositif donné, des caractéristiques des utilisateurs, de la tâche à laquelle le dispositif est destiné et du contexte de son utilisation. » in, S. CARO DAMBREVILLE, « Pas très catholique le Macintosh », *Revue des Interactions Humaines Médiatisées*, vol. 12, n° 1, 2011, p. 6.

¹³³ *Bundesanzeiger* n° 241, 21.12.2005, p. 16 869, publication reproduite in U. SEIBERT, « Aktionärsforum und Aktionärsforumsverordnung nach § 127a AktG », *AG*, 2006, p. 16.

¹³⁴ Le *Bundesanzeiger Verlag GmbH* a en effet réservé les URL et *akitonärsforum.de* et même *akitonaersforum.de* (sic) [source : *denic.de*].

sociétés d'édition dans la location de noms de domaine¹³⁵, et s'est sûrement un peu précipité en inscrivant l'adresse aktionaersforum.de dans l'ordonnance alors que cette adresse était réservée par M. Harald Petersen, ancien directeur de l'association de protection des investisseurs SdK¹³⁶, depuis le 05.10.2010, soit quelques mois seulement avant le dépôt du projet de loi au *Bundesrat*¹³⁷, puis confiée « par sympathie » à la société *Aktionaersforum AG*.

B) Organisation du forum

34. L'accès au site internet et aux appels du forum est libre et gratuit (§ 7 AktFoV). Les appels sont classés sur le forum en fonction du nom des sociétés par actions, par ordre alphabétique (§ 2 AktFoV). L'ordonnance impose au gérant du forum d'offrir la possibilité de procéder à une recherche par terme¹³⁸. La langue de la plate-forme est l'allemand, mais une version anglaise doit être proposée. Les appels peuvent de même être rédigés en allemand comme en anglais (§ 1 II AktFoV). La communication entre le gérant du forum internet et les utilisateurs se fait naturellement par voie électronique, grâce à l'adresse indiquée lors de l'enregistrement sur la plate-forme.

C) Identification

35. L'identification de l'utilisateur a lieu sur simple inscription, à l'aide d'une adresse électronique. Elle peut avoir lieu par signature électronique, bien que ce mécanisme n'ait aucune justification pratique.

La preuve de la qualité d'actionnaire est plus problématique. Elle n'est *a priori* pas nécessaire. L'utilisateur doit seulement confirmer par simple clic qu'il est bien actionnaire de

¹³⁵ - Avocats : depuis 19.10.2005 aktionärsforum.info, 19.10.2005 aktionaersforum.info, 30.11.2005 aktionaersforum.com, 01.12.2005 aktionaersforum.biz, 01.12.2005 aktionärsforum.net, 01.12.2005 aktionärsforum.com, 16.07.2008 aktionärsforum.biz ;

- Conseils d'entreprise (Breakwaters GmbH ou son fondateur C. Reise) : aktionärsforum.at, aktionaersforum.at, aktionaersforum.net, 30.11.2005 aktionaersforum.org, aktionärsforum.tv, aktionaersforum.tv ;

- Bundesanzeiger Verlag GmbH : aktionärsforum.de, aktionaersforum.de, aktionärsforum.de, 10.12.2009 aktionärsforum.eu, 28.02.2006 aktionaersforum.eu ;

- Aktionaersforum AG : à travers le Professeur E. Nowak (non le Professeur U. Nowak si souvent cité dans le présent texte), président du conseil de surveillance, aktionaersforum.ch, aktionaersforum.li, aktionärsforum.ch, et à travers M. H. Petersen, ancien directeur de l'association de protection des investisseurs *Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V.* (SdK) : 05.10.2010 aktionaersforum.de.

¹³⁶ Il quitta ce poste en 2012 après plus de dix ans de fonction, au commencement du procès pour manipulation de marché à l'encontre d'un responsable de ladite association, qu'il représenta devant le Landgericht München en temps qu'avocat ; cf. J. KUBSOVA, R. DAUM, « Aktionärsschützer tritt wegen Börsenbrief-Prozess zurück », *ftd.de*, 19.01.2012.

¹³⁷ RegE eines Gesetzes zur Änderung von Vorschriften über Verkündung und Bekanntmachungen, BR-Drs n° 230/11, 27.05.2011.

¹³⁸ Nomination sociale et filiale, code bousier, ISIN ou numéro d'immatriculation au registre du commerce.

la société au cœur de sa requête, ou représentant d'une association d'actionnaires (§ 135 VIII AktG). L'ordonnance autorise le gérant du forum, en cas de doute sur la qualité d'actionnaire d'un utilisateur, notamment sur signalement de la société, à exiger une attestation de détention (§ 3 II AktFoV). Le gérant peut même décider de la forme papier ou électronique que doit prendre cette attestation (*Schriftform* ou *Textform*¹³⁹) et fixer un délai au delà duquel, en l'absence de réponse, il devra retirer l'appel du forum. Le cas échéant, l'ordonnance impose en effet le retrait du message. La marge de manœuvre accordée au gérant est limitée à la fixation du délai.

Ce gérant est un tiers. Un tiers de confiance certes, avec une certaine solennité et une responsabilité conséquente, mais un tiers qui reste depuis 2006 une entreprise entièrement privatisée¹⁴⁰. Il faut s'interroger premièrement sur la légitimité de cette entreprise privée à exiger des informations personnelles relatives à la possession d'actions. Quelle en est ensuite l'utilité ? Le verrou constitué par le quorum de l'Aktiengesetz est suffisant pour attester de la possession des actions. Les sociétés et les auteurs du texte considèrent tout appel comme une attaque envers la société¹⁴¹. C'est pourquoi chaque message est un texte abusif en puissance, contre lequel la société doit pouvoir se protéger en toute hypothèse. Pourtant, il est aisé pour chaque société d'intimider les utilisateurs du forum. Il lui suffit d'alourdir la procédure en demandant systématiquement au gérant du forum d'exiger des utilisateurs une attestation de détention d'actions. Aussi ce tiers n'est-il pas parfaitement libre et indépendant, mais indirectement soumis aux directives et intimidations des sociétés par actions.

D) Contenu des appels

36. Le contenu des appels est strictement encadré. Tout d'abord, si l'encadré du formulaire électronique ne limite pas automatiquement la taille du message, le message ne doit pas dépasser 500 caractères¹⁴². L'exposé des motifs du texte envisage de laisser le moins de liberté possible dans la composition de l'appel, en proposant par exemple au gérant du forum de n'offrir le choix qu'entre différents types d'appels prédéfinis (convocation de l'assemblée, demande d'adjonction ou contre-proposition, vote sur le mandat d'un dirigeant, etc.). L'argument relevé par le Professeur U. Seibert est que la liberté de rédiger soi-même les appels présente le risque d'effectuer des fautes de frappe, lesquelles empêcheront les autres

¹³⁹ V. *infra*, § 452.

¹⁴⁰ La maison mère du *Bundesanzeiger Verlag GmbH* étant le *Mediengruppe M. DuMont Schauberg*.

¹⁴¹ W. BAYER, T. HOFFMANN, *loc. cit.* note 116.

¹⁴² Soit environ cinq à six lignes d'un texte similaire à celui-ci.

actionnaires de trouver les appels¹⁴³... Tout cela est parfaitement déplacé et n'est justifié ni par l'esprit du § 127a AktG ni par le renvoi à l'ordonnance du 5^e alinéa¹⁴⁴. Rien n'empêche certes de classer les appels en sous-catégories, permettant ainsi un meilleur agencement des appels. L'actionnaire est en mesure de rédiger le titre d'un message¹⁴⁵.

Ensuite, sur le modèle du § 126 II AktG relatif aux dérogations de l'obligation de publication des contre-propositions, le § 3 V AktFoV énumère cinq conditions dont le non respect emporte suppression immédiate de l'appel. Les auteurs du texte se plaisent à rappeler que l'appel doit tout d'abord respecter les dispositions du § 127a AktG et de l'ordonnance. L'appel ne doit pas contenir d'indications ou d'opinions dépassant le contenu prévu par la loi. L'ordonnance exclut ainsi toute justification ou commentaire relatif à l'appel, qui doit donc être aussi concis et clair que possible. Doivent être de même supprimés les appels s'il se révèle que leur auteur n'est ni un actionnaire ni une association d'actionnaires, ou que l'identité de l'auteur indiquée est fausse. Enfin, sont proscrits les messages qui contiennent des indications trompeuses, pénalement répréhensibles, ou de la publicité pour des produits ou des services sans liens avec la procédure des appels sur le forum.

L'effacement du message est effectué par le gérant du forum. Il faut craindre qu'en pratique, les dirigeants des sociétés concernées dictent à la société d'édition ce qu'ils estiment être une affirmation illégale ou contraire aux dispositions précitées. L'ordonnance autorise toutefois le gérant du forum, « en cas de doute, à interroger l'auteur de l'appel ». Si l'appréciation des faits et la décision de suppression semblent laissées à la discrétion du gérant du forum, en miroitant l'application d'un principe du contradictoire (qui n'est en réalité que dispositif), il ne faut pas se faire d'illusion sur la diligence avec laquelle le gérant du forum supprimera les messages dans la ligne de mire de la société en cause¹⁴⁶.

E) Liens internet

37. Le § 5 AktFoV prévoit que les liens vers d'autres sites internet doivent diriger directement vers la justification de l'appel (actionnaire) ou la prise de position (société). La violation de cette règle, dont le contrôle est assuré par le gérant du forum, emporte

¹⁴³ U. SEIBERT, *op. cit.* note 133, p. 21.

¹⁴⁴ D. KUBIS, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 127a AktG », § 12.

¹⁴⁵ L'hypocrisie de certains lors de la discussion parlementaire est bien relevée par le Professeur U. NOACK, *loc. cit.* note 121 : « Ceux qui ne souhaitent pas que les quorums légaux soient atteints ou qui les jugent trop bas peuvent le dire, mais qu'il ne se cachent pas derrière l'argument d'une futile modernité ».

¹⁴⁶ Contrairement à ce que semble craindre certains auteurs, tel que H. ZIEMONS, in K. SCHMIDT, M. LUTTER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2010, « § 127a AktG », § 14, p. 1730.

suppression du message, sans remboursement. Parfait exemple de ces normes superfétatoires, le § 5 II AktFoV va jusqu'à autoriser le gérant du forum à agir en sorte que le fait pour un utilisateur de cliquer sur une adresse électronique ouvre directement son logiciel de messagerie.

F) Coûts

38. La tenue du forum a un coût. Vu la faible fréquentation du forum, les frais de construction et de mise en place n'ont certainement toujours pas été rentabilisés. Les frais courants quant à eux ne sont assurément pas élevés, mais ils existent. Le forum étant géré par un tiers, un établissement privé, il ne faut pas s'étonner que ces coûts soient reportés sur les utilisateurs du service. À défaut de financement public, il y a une seule alternative la publication d'un appel facturée soit à son auteur, soit à la société concernée.

La solution retenue en pratique est le paiement par les utilisateurs respectifs des services proposés par le gérant du forum : d'une part, l'actionnaire pour la publication d'un appel¹⁴⁷ et, d'autre part, la société pour la notification d'un appel la concernant¹⁴⁸. Le § 9AktFoV autorise en effet le gérant du forum à établir une relation contractuelle rémunérée avec les utilisateurs des différents services. Outre la publication d'un appel, l'ordonnance autorise à facturer leur modification et leur suppression. Il est précisé que les utilisateurs non résidents ne doivent pas être sujets à une facturation plus élevée. Le paiement doit pouvoir avoir lieu en ligne.

Parallèlement, le gérant peut proposer un service de notification automatique (§ 2 IV AktFoV). Cette liberté laissée au gérant lui permet en théorie de diversifier ses sources de revenus. Le ministère à l'origine de l'ordonnance se prive de fixer un prix pour ce service, laisse au contraire le « marché » fixer le prix¹⁴⁹. En effet, tout tiers peut proposer un tel

¹⁴⁷ Le fait de facturer la publication d'un appel non abusif à la société n'a rien de dérangeant. Cet appel peut être considéré comme nécessaire au bon exercice des droits des actionnaires. La société supporte déjà les frais de publication des demandes d'adjonction et des contre-propositions, à savoir l'étape suivant l'appel. Mais cette solution n'est ni la plus aisée à mettre en place, ni la plus juste, ni la plus avantageuse pour les actionnaires minoritaires. Pas la plus aisée, d'abord, car le paiement par la société serait techniquement détaché de la publication de l'appel par un actionnaire. Il faudra donc organiser un système de facturation avec chaque société. Il n'est pas évident que la société accepte d'office ce système, ni de régler toutes les factures. Pas la plus juste, ensuite, car la société, c'est-à-dire l'ensemble des actionnaires, supporte les coûts engendrés par des actionnaires non représentatifs d'une minorité reconnue légalement (sur la base de la possession commune d'une portion de capital minimum). Pas la plus avantageuse pour les actionnaires minoritaires, enfin, car il est évident que la société regarderait ce pour quoi elle paye avec un œil particulièrement attentif, rien que par respect pour le reste de l'actionnariat. Elle serait plus facilement portée à mettre en cause la régularité des appels. En d'autres termes, elle ne faciliterait pas la tâche aux actionnaires minoritaires.

¹⁴⁸ Cf. G. SPINDLER, « Die Reform der Hauptversammlung und der Anfechtungsklage durch das UMAG », *NZG*, 2005, p. 828.

¹⁴⁹ U. SEIBERT, *op. cit.* note 133, p. 20.

service, puisque l'accès au forum est libre. La rigidité du prix rendrait le service du gérant du forum non concurrentiel et le condamnerait (encore plus) à l'échec. Cette liberté ne devrait pas être remise en cause.

Le gérant du site peut en effet diriger les utilisateurs vers les conditions générales d'utilisation (§ 2 IV AktFoV), où le prix des services sera fixé.

III - Conditions générales d'utilisations (AGBs)

39. À la loi et son ordonnance s'ajoutent les conditions générales d'utilisation du gérant du forum, à savoir la société d'édition responsable du *Bundesanzeiger*¹⁵⁰. La relation entre l'utilisateur et le *Bundesanzeiger Verlag* est en effet de droit privé¹⁵¹. L'actionnaire ne bénéficie pas d'un « droit à publication », mais doit se soumettre à une relation contractuelle avec le gérant du site¹⁵². Un premier document concerne la publication des appels¹⁵³, un second concerne l'abonnement aux publications.

La publication d'un appel ou d'une indication, ainsi que leur correction dans le forum est facturée 25 euros hors taxes. La suppression d'une information est gratuite et n'entraîne pas le remboursement des frais exposés. La facture est envoyée par voie électronique, ou par voie postale si l'utilisateur l'exige. Le texte reprend ensuite le conseil relatif aux liens mis en ligne par les utilisateurs donné par le Professeur U. Seibert dans les motivations de l'ordonnance : « En cas d'utilisation de liens actifs dirigeant vers des documents, tels que des fichiers PDF, ces documents doivent être contrôlés par un programme anti-virus ». L'abonnement aux publications sur le forum, pouvant être conclu par quiconque, mais qui s'adresse bien sûr en priorité aux sociétés importantes susceptibles d'être concernées par de telles demandes, mais aussi aux associations d'actionnaires susceptibles de les soutenir, fait l'objet d'une facturation annuelle dont le montant dépend du champ des informations demandées. Les notifications ont lieu par voie électronique.

¹⁵⁰ *Bundesanzeiger Verlag GmbH, Bundesministerium der Justiz.*

¹⁵¹ D. KUBIS, *op. cit.* note 144, « § 127a AktG », § 18.

¹⁵² F. DRINHAUSEN, in W. HÖLTERS, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2014, « § 127a AktG », § 3.

¹⁵³ *Allgemeine Geschäftsbedingungen für das 'Aktionärsforum' im Bundesanzeiger*, 01.01.2013 ; *Allgemeine Geschäftsbedingungen für den Bezug des Info-Dienstes*, 06.07.2012 [bundesanzeiger.de].

§ 2 - *Triste bilan, perspectives sombres*

40. Plutôt que de la craindre, il aurait été plus opportun de stimuler la discussion (dont les internautes sont généralement avides). Un forum ne permettant aucune discussion n'est pas une plate-forme d'échange ou de travail. Un forum ne permettant pas de recueillir des réactions et les conseils d'autres actionnaires passe clairement à côté de ses objectifs. Il faut profiter du vivier d'idées qu'internet permet de structurer, et surmonter les inconvénients qu'un tel forum peut présenter¹⁵⁴. Une seule solution apparaît opportune. Il faut, d'une part, moderniser le forum du Bundesanzeiger, en allégeant l'ordonnance¹⁵⁵, afin de permettre une nouvelle visibilité par l'utilisation des réseaux sociaux. Il faut, d'autre part, inviter la société à aménager son propre forum, mais surtout lui imposer d'en désigner un officiellement dans la convocation.

41. La loi doit en effet imposer à la société cotée de désigner dans la convocation un forum des actionnaires¹⁵⁶. Libre à elle de désigner soit le forum du Bundesanzeiger, soit un forum créé par ses soins ou mandaté à un tiers prestataire de services. Le site internet de la société devrait de même impérativement comporter un lien dirigeant vers le forum désigné par la société. Cela devrait-il valoir pour toutes les sociétés par actions ?

Le législateur avait fait le choix de ne pas limiter l'utilisation du forum aux seules sociétés cotées, mais d'inclure les sociétés non cotées dans le champ d'application du § 127a AktG. Il n'avait parallèlement pas choisi d'imposer à chaque société anonyme la mise à disposition et la tenue d'un forum pour les actionnaires, par crainte que la société soit contrainte d'héberger des appels au contenu critique et à fort potentiel diffamatoire¹⁵⁷. Une

¹⁵⁴ « *Other disadvantages stem from the asynchronous and one-to-many nature of online communications. [...] When you send someone electronic mail you are never sure when your intended audience will get your message, and when you post a response in a computer conference, you are never sure who is going to get the message. Another advantage that can turn into a disadvantage is the unpredictability of responses: it is refreshing and fun to find all the unexpected angles and digressions people can come up with in response to a question or statement; it is frustrating when the specific you seek is lost in 'item drift'.* » in, H. Rheingold, « Virtual communities - exchanging ideas through computer bulletin boards », *Whole Earth Review*, Winter, 1987 / *Journal of Virtual Worlds Research*, Vol. 1, issue 1, juil. 2008. [journals.tdl.org/jvwr/index.php/jvwr/article/view/293/247]

¹⁵⁵ W. Bayer et T. Hoffmann recommandent de même un « déblaiement » (« *Entrümpelung* », entre guillemets dans le texte) – équivalent terminologique du terme « toilette » dont ne se privent pas non plus les commentateurs français –, in W. BAYER, T. HOFFMANN, *loc. cit.* note 116.

¹⁵⁶ Quelques rares sociétés ont tenté d'inciter leurs actionnaires à se lancer dans l'expérience en citant le forum des actionnaires, *ibidem*.

¹⁵⁷ Le Professeur Noack, commentant l'obligation de publication des contre-propositions sur le site internet de la société, admet aussi que la tenue d'un forum oppositionnel par la société relèverait « d'un autre calibre », in « Neue Entwicklungen im Aktienrecht und moderne Informationstechnologie 2003...2005 », *NZG*, 2004, p. 302.

telle mesure n'aurait en effet pas été juste, mais pour d'autres raisons : force est d'admettre que l'utilité d'un forum des actionnaires n'est pas avérée pour toutes les sociétés par actions. Plus les participations des actionnaires sont proportionnellement hautes – en d'autres termes, plus la taille de la société est limitée – moins un forum est nécessaire : dans ces sociétés, seuls quelques actionnaires suffisent pour réunir les quorums légaux. Cela est d'autant plus aisé lorsque les actionnaires se connaissent. La pratique confirme que seules des sociétés cotées firent l'objet d'appels¹⁵⁸. Aussi semble-t-il opportun, sans exclure les sociétés non cotées du forum des actionnaires, de limiter une future obligation de désignation d'un forum aux seules sociétés cotées, que seules l'atomisation et la répartition géographique transfrontalière du capital justifie¹⁵⁹.

42. La concentration des appels sur une plate-forme tierce fut un échec, principalement en raison de son manque de popularité. La demande est certes faible. Elle souffre notamment du manque d'attractivité du forum. Il n'est pourtant pas nécessaire de supprimer le forum des actionnaires du *Bundesanzeiger*. La publication de l'appel original peut en effet rester payante et gérée par un tiers de confiance, tel que le *Bundesanzeiger Verlag*, afin de contrôler le sérieux des demandes, et éviter les déclarations agressives et diffamatoires. Il faudra toutefois faire en sorte que la facturation s'accompagne d'un élargissement des fonctionnalités du forum. Les réponses à cet appel, simples réactions, encouragement, conseils, proposition d'amendement, choix tactiques, devront être gratuites et ne nécessiter aucune inscription particulière¹⁶⁰, à part l'inscription d'une adresse électronique et d'un nom, pouvant parfaitement être un pseudonyme afin de garantir l'anonymat des participants aux discussions. Le manque d'anonymat a été pointé comme une raison de l'échec du forum des actionnaires¹⁶¹. Pour assurer au forum des actionnaires la popularité qui lui est due, il faut agir sur plusieurs facteurs : visibilité, attractivité, fonctionnalité. Il faudra aussi admettre qu'il n'y ait pas un seul forum concentré pour toutes les sociétés mais plusieurs, à savoir un forum des actionnaires pour chaque société par actions cotée. Dans une décision du 17 novembre 2005 relative certes au droit des marques mais prouvant la marge de manœuvre des particuliers

¹⁵⁸ D. KUBIS, *op. cit.* note 144, « § 127a AktG », § 2.

¹⁵⁹ Pour une exclusion complète des sociétés non cotées du champ d'application du § 127a AktG, O. RIECKERS, *op. cit.* note 120, § 9.

¹⁶⁰ Cette inscription étant une barrière à la libre utilisation du forum ; D. KUBIS, *op. cit.* note 144, « § 127a AktG », § 2.

¹⁶¹ W. BAYER, T. HOFFMANN, *loc. cit.* note 116.

dans la création de site internet consacré à la discussion sur des titres financiers¹⁶², le *Landgericht* de Cologne avait légitimé l'enregistrement d'un nom de domaine (qaktie.de) proche de celui déjà réservé par la société par actions plaignante (q-aktie.de), en fondant sa décision sur le fait que l'utilisation d'un nom de domaine de nature « descriptive » à des fins de forum de discussion ne constitue pas *per se* une utilisation commerciale ou relevant du droit des marques.

43. Les sociétés doivent elles aussi pouvoir créer leur propre forum. Dans les sociétés cotées, la création et la gestion de forum peuvent par exemple aisément être laissées au service relations actionnaires. La modération est certes assurée par le gérant du forum. Mais il n'est pas en soi dérangeant que la société gère la modération du forum, tant que les règles sont claires et justes. Tout contentieux relatif à la publication d'un message pourrait, après tentative de médiation directe entre les intéressés, être laissé à l'appréciation de la justice, dans le cadre d'une procédure en référé¹⁶³.

L'utilisation de plates-formes tierces doit être autorisée. D'aucuns proposèrent au *Deutsches Aktieninstitut* (DAI) de prendre les rênes¹⁶⁴. Le DSW prit l'initiative en 2011, sans succès¹⁶⁵. D'autres créèrent même un *Aktionärsforum* privé un peu plus fréquenté que l'officiel, en permettant notamment, après une simple inscription sur le site, de commenter par message écrit les messages préalablement publiés et listés dans un tableau¹⁶⁶. Ces messages ne respectent pas toutefois le classement alphabétique par société imposé par l'ordonnance. La société prestataire de services, nommée non sans malice *Aktionaersforum AG* en 2012¹⁶⁷, propose la création et la gestion d'un forum des actionnaires propre à chaque société.

44. *La visibilité* du forum doit en toute hypothèse être améliorée. Le forum des actionnaires doit ensuite être modernisé. Il faut pour cela user des outils aujourd'hui communs de publicité et de communication. Il faut bien sûr penser, sans les imposer dans une quelconque ordonnance, à Facebook, Twitter et autres réseaux sociaux lentement reconnus

¹⁶² LG Köln, « Qaktie.de », 17. 11. 2005 - 31 O 534/05, GRUR-RR, 2006, p. 372.

¹⁶³ « *Einstweilige Verfügung* », en s'inspirant des procédures actuellement en théorie réservées aux sociétés ; cf. O. RIECKERS, *op. cit.* note 120, « § 127a AktG », § 22.

¹⁶⁴ U. NOACK, *loc. cit.* note 117.

¹⁶⁵ DSW [hauptversammlung.de/diskussionsforum.html].

¹⁶⁶ Tenu par la société anonyme éponyme *Aktionaersforum AG*, renommé en 2015 *Aktionaersforum service GmbH* [aktionaersforum.de].

¹⁶⁷ La forme sociale que revêtait cette entreprise, une société par actions, révèle manifestement plus une opération de communication qu'un choix basé sur des arguments économiques et juridiques, elle est d'ailleurs aujourd'hui une GmbH.

comme modes de communication officiels par certaines autorités financières étatiques¹⁶⁸. Les appels doivent être partagés et diffusés le plus largement possible. L'on a bien vu que la crainte que les appels soient noyés dans la masse n'était pas fondée. Il suffira ainsi pour un actionnaire soit de s'abonner aux informations relatives à une certaine société, soit de procéder à une recherche par l'intermédiaire de mots-dièse. Grâce à un mot-dièse, créé automatiquement dès sa première utilisation par n'importe quel utilisateur, par exemple dans un appel, tout lecteur a accès à l'ensemble des messages qui le contiennent¹⁶⁹. Il est donc aisément possible de trouver toutes les publications relatives au forum des actionnaires, à une société particulière, et à une certaine assemblée générale (sur le modèle suivant, par ex. : #Aktionärsforum, #122AktG, #127AktG #HVPorsche, etc.).

Si la publication de l'appel a lieu sur le site original du forum des actionnaires, le lien de justification doit pouvoir renvoyer vers la page d'un réseau social¹⁷⁰. Cela permet ainsi aux actionnaires de communiquer aisément, soit par messages privés, soit sur une page partagée entre les membres d'un groupe, voire sur une page publique. Un appel original peut être publié sur le forum officiel, afin de se voir assurer une certaine solennité, et la discussion avoir lieu autre part, là où une discussion est la plus aisée. Il faut accepter la réalité. Les sociétés n'ont pas le pouvoir de s'opposer à la liberté d'expression des actionnaires sur internet, aussi protestataires et agressifs soient-ils.

45. Les pouvoirs publics allemands ont fait miroiter aux actionnaires que cet outil consacré à une meilleure transparence du processus décisionnel rendrait la société par actions plus démocratique. Des bonnes intentions il ne resta qu'une mauvaise réalisation ayant laissé place à la désillusion.

¹⁶⁸ U. NOACK, « Facebook als Medium aktien- und kapitalmarktrechtlicher Mitteilungen », Blog Handelsblatt – Rechtsboard, 22.04.2013 ; W. SALAZAR, « Twitter, Bloomberg und die SEC – Paradigmenwechsel für die Kapitalmarktkommunikation », *GoingPublic*, 5/2013, p. 58.

¹⁶⁹ De l'anglais « *hashtags* » : « suite signifiante de caractères sans espace commençant par le signe # (dièse), qui signale un sujet d'intérêt et est insérée dans un message par son rédacteur afin d'en faciliter le repérage. » CGTN, JORF 23.01.2012, p. 1515.

¹⁷⁰ L'utilisation des réseaux sociaux en matière de préparation d'assemblée est encore très faible. « *Die Social Media wie Facebook, Twitter oder Blogs belegen hinsichtlich ihrer Bedeutung als Informationsquelle für Anlageentscheidungen bei Weitem den letzten Platz. Neben der Tatsache, dass nur 3 % der auf diese Frage Antwortenden den Social Media eine hohe bzw. sehr hohe Bedeutung beimessen, sticht insbesondere der außergewöhnlich hohe Anteil von rund 52% der Befragten ins Auge, die zu den Social Media keinerlei Angaben gemacht haben.* » in, B. PELLENS, A. SCHMIDT, *op. cit.* note 14, p. 37 ; « *Neuland betreten wird zudem bei der Nutzung der sogenannten Social Media für die HV. IR-Abteilungen greifen zunehmend den neuen Trend auf und steigen in die IR 2.0 ein – auch wenn hier nach Untersuchung der Hochschule für Technik und Wirtschaft (HTW) in Berlin noch viel Potenzial brach liegt.* » in, D. GEBAUER, « HV & Internet Elektronische Medien auf dem Vormarsch », *HV-Magazin*, 2010, p. 10 ; pour d'autres chiffres relatifs à l'utilisation des réseaux sociaux, cf. N. KUHN, « Innovative Online-Instrumente in der Hauptversammlungspraxis Ergebnisse einer Umfrage unter börsennotierten Gesellschaften », *HV-Magazin*, 2011, p. 20.

Un autre outil du droit des sociétés dédié à la transparence s'est parallèlement développé avec plus de succès en Allemagne comme en France, profitant d'un certain consensus : la retransmission vidéo de l'assemblée sur internet. Elle n'est pourtant pas sans soulever quelques questions sur la nature même de la société anonyme.

SECTION 2 - LA RETRANSMISSION EN LIGNE DE L'ASSEMBLEE

46. Quoi de plus transparent que la retransmission vidéo d'un événement ? Ce n'est pas l'Assemblée nationale française par exemple qui, disposant de sa propre chaîne de télévision diffusée en continu parallèlement sur internet, mettra en cause l'avancée démocratique que constitue la rediffusion vidéo des séances parlementaires. Certaines sociétés de droit privé ouvertes au public, c'est-à-dire celles dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, retransmettent en direct et/ou en différé l'assemblée générale (au sens donc ici d'événement et non d'institution) sur internet depuis le tournant du siècle. Les sociétés en question sont très largement et avant tout celles indexées au CAC 40 et au DAX, indices subjectifs n'étant pas directement constitués sur la base des capitalisations boursières. Cela trahit assurément la fonction première de la retransmission de l'événement : n'est-il pas simplement plus question d'ouverture, de prestige et donc de publicité commerciale et financière, que de transparence envers les marchés et *a fortiori* envers les actionnaires ?

47. Avant de présenter les régimes juridiques allemands et français encadrant la retransmission vidéo de l'assemblée générale (§ 1), relevons que la directive européenne « actionnaires » de 2007¹⁷¹ impose aux États membres d'autoriser les sociétés « à offrir à leurs actionnaires toute forme de participation à l'assemblée générale par voie électronique », telle que par exemple la « transmission de l'assemblée générale en temps réel ». La retransmission vidéo est ainsi considérée comme permettant une forme de participation à l'assemblée, position n'étant pas vraiment celle des droits français et allemand¹⁷².

Cette remarque rappelle que la retransmission sert en principe l'actionnaire, en particulier l'actionnaire non-résident au cœur de la directive européenne – voire l'actionnaire

¹⁷¹ Dont le délai de transposition est dépassé depuis le 3 août 2009.

¹⁷² V. *infra*, « Présence et participation », § 562.

étranger, lorsque des sous-titres en anglais sont apposés sur la vidéo. Elle est, au demeurant, la condition *sine qua non* à l'exercice du droit de vote à distance en direct, comme nous le verrons dans des développements ultérieurs. Si la retransmission vidéo de l'assemblée sert l'actionnaire, il faut s'interroger sur l'opportunité et la légalité de l'ouverture de l'assemblée au public. La publicité de l'assemblée-événement se heurte au caractère privé de l'assemblée-institution (§ 2).

§ 1 - Le cadre juridique de la retransmission en ligne

48. Tandis que la loi allemande assure une certaine sécurité juridique en autorisant explicitement la retransmission vidéo de l'assemblée depuis 2002 et en désignant les compétences quant aux procédures (I), le droit français se tait largement (II).

I - Droit allemand

49. Par la TransPuG de 2002¹⁷³, l'Aktiengesetz a introduit la faculté pour les statuts ou le règlement de l'assemblée (§ 129 I AktG¹⁷⁴) de prévoir l'autorisation de la retransmission du son et de l'image de l'assemblée. Repris par l'ARUG en 2009, le principe fut précisé et placé au § 118 IV AktG. Depuis, les statuts ou le règlement de l'assemblée peuvent aussi explicitement, le cas échéant, relayer le pouvoir de décision au directoire ou au président de l'assemblée¹⁷⁵. Cette modification clarifie en effet l'ancienne position, puisque la compétence n'était pas clairement distribuée. Le législateur précise que cette norme n'est qu'une délégation de compétence (*Regelungskompetenz*) et ne saurait en aucun cas constituer un droit des actionnaires à la retransmission de l'assemblée¹⁷⁶. Le code de gouvernement d'entreprise

¹⁷³ Transparenz- und Publizitätsgesetz, 19.07.2002, BGBl. I, p. 2681 ; la retransmission en ligne est exclue du champ d'application de la Telemediengesetz (§ 1 TMG) ; J. PETERSEN, *Medienrecht*, C.H. Beck, 2010, p. 351 S.

¹⁷⁴ Le règlement de l'assemblée est un dispositif juridique ne s'étant pas imposé en pratique, et dont la vocation était de permettre de définir dans un texte (adoptable à la majorité des trois quarts du capital représenté lors du vote) l'étendue des pouvoirs du président de l'assemblée ainsi que ses modalités d'exercice ; cf. D. KUBIS, *op. cit.* note 144, « § 129 AktG », § 3.

¹⁷⁵ Alors que le projet de loi du gouvernement n'évoquait que le directoire (RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 8), la Commission des lois qui ajouta la faculté de conférer le pouvoir décisionnel au président de l'assemblée (BT, 6. RA, « Beschlussempfehlung und Bericht », BT-Drs. 16/13098, 20.05.2009, p. 8).

¹⁷⁶ RegE TransPuG, BT-Drs. 14/8769, 11.04.2002, p. 19.

allemand (DCGK) recommande toutefois explicitement aux sociétés cotées de permettre à leurs actionnaires de suivre l'assemblée générale par internet¹⁷⁷.

50. Le § 118 IV AktG règlemente une communication unidirectionnelle. Il n'y est bien question que de la rediffusion du son et de l'image de l'assemblée. Certains auteurs font une interprétation extensive des motivations du gouvernement, qui écrit, après avoir donné une série d'exemples relatifs à l'étendue de la publicité des assemblées, que « les sociétés sont libres de prévoir une retransmission plus limitée, dans toute autre variante que la retransmission complète »¹⁷⁸. Ils estiment, contre la lettre de la loi, que les sociétés disposent aussi du choix entre la retransmission du son ou de l'image¹⁷⁹. Rares sont ceux à souligner l'absurdité de la retransmission de l'image sans le son des discours et débats¹⁸⁰. Si le législateur s'exprime explicitement sur le son et l'image (*Bild und Ton*), c'est uniquement pour exclure toute plainte relative au refus d'actionnaires à la retransmission de leur image¹⁸¹. De la même manière, les actionnaires ne peuvent plus s'opposer par un vote en début de séance à la rediffusion décidée par les statuts ou la personne habilitée¹⁸².

II - Droit français

51. Deux situations paradoxales sont observables côté français. La première tient au fait qu'une part toujours grandissante de la pratique propose la retransmission vidéo de ses assemblées générales, dans le silence de la loi et ce depuis le tournant du siècle (A). La deuxième situation est quant à elle prescrite par le droit, mais ne trouve aucune application

¹⁷⁷ DCGK (2014), n° 2.3.3.

¹⁷⁸ « Ferner bleibt es der Gesellschaft überlassen, ein Weniger gegenüber der vollständigen Übertragung in allen Varianten zu regeln. » in, RegE TransPuG, BT-Drs. 14/8769, 11.04.2002, p. 19.

¹⁷⁹ La doctrine insiste sur le son « et/ou » l'image, heureusement sans incidence pratique pour la rediffusion sur internet, qui privilégie bien sûr le son et l'image... cf. U. SEIBERT, « Das 'TransPuG' », NZG, 2002, p. 611.

¹⁸⁰ D. KUBIS, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 118 AktG », § 119 ; T. LIEBSCHER, in M. HENSSLER, L. STROHN, *Gesellschaftsrecht*, 2^e éd., 2014, « § 118 AktG », § 20.

¹⁸¹ V. *infra*, « Droit à l'image des participants », § 68. ; J. HOFFMANN, in G. SPINDLER, E. STILZ, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2010, « § 118 AktG », § 48.

¹⁸² Contrairement à ce que la doctrine prévoyait avant 2001, cf. J. ZÄTZSCH, M. GRÖNING, « Neue Medien im deutschen Aktienrecht - zum RefE des NaStraG », NZG, 2000, p. 395 ; le *Landgericht* Francfort/M. se prive toutefois de se prononcer sur la question, pour des motifs énoncés plus bas (v. *infra*, « Droit à l'image des participants », n° 69.) : « Die Erörterung der Frage, ob die Entscheidung des Vorsitzenden des Aufsichtsrats, die - unbeschränkte - Bild- und Tonübertragung zuzulassen nicht durch Beschluss der Hauptversammlung geändert werden könnte, kann schon deshalb unterbleiben. » in, LG Frankfurt/M., *Urt. v. 29.10.2004*, 3-13 O 79/03, NJW-RR, 2005, p. 837

pratique. Il s'agit de la retransmission de l'assemblée en cas de participation en direct à distance des actionnaires (B).

A) La pratique hors du droit

52. La grande majorité des sociétés cotées¹⁸³ indexées au CAC 40 offre à leurs actionnaires, voire au public¹⁸⁴, la possibilité de suivre l'assemblée générale sur internet par diffusion en flux (*streaming*¹⁸⁵). Cette diffusion peut avoir lieu en direct. La société peut aussi rendre accessible un enregistrement vidéo de l'assemblée pendant un certain laps de temps suivant l'assemblée¹⁸⁶ (parfois plusieurs années). En pratique, la retransmission en direct est le plus souvent suivie de la mise en ligne d'un enregistrement, c'est-à-dire de la possibilité d'une lecture différée. Dans ces hypothèses de simple retransmission vidéo, l'information suit un canal unidirectionnel (*simplex*), les actionnaires étant destinataires et récepteurs de l'information.

Afin d'assurer une certaine effectivité du dispositif (ayant un coût), les sociétés offrant une retransmission de l'assemblée en direct ou en différé informent les actionnaires et le public dans l'avis de réunion et/ou dans l'avis de convocation : c'est bien souvent la dernière phrase de l'avis qui comportera cette information, accompagnée du lien à suivre pour profiter du service. Or cette pratique n'est encadrée par aucune norme. S'inscrit-elle dans le champ d'application de l'article R. 225-61 C. com., et de son site internet dédié au vote électronique ? Il semble que non, la retransmission vidéo étant strictement distincte de la faculté de voter par voie électronique. A-t-on affaire à la publication en ligne d'une information de type financier au sens de l'article R. 210-20 C. com. ? Manifestement non, puisque le site internet imposé par cette norme aux sociétés cotées et assimilées est destiné au respect de « leurs obligations d'information de leurs actionnaires ». La retransmission de l'assemblée, en l'absence de norme, n'est pas une obligation légale d'information.

53. Cette pratique, relevée au demeurant dans le rapport Mansion de 2005 pour évoquer la diversité des situations en matière de compte-rendu de l'assemblée générale fait aux

¹⁸³ L'AMF évoque 9 sur 10 sur l'échantillon étudié ; AMF, « Mise en œuvre des propositions du rapport de l'AMF de 2012 sur les assemblées générales d'actionnaires des sociétés cotées », 11.02.2015, p. 31.

¹⁸⁴ « Près d'un tiers des sociétés semblent avoir retransmis leur assemblée générale en direct sur leur site internet et sans qu'un code d'accès ne soit préalablement exigé », *idem*, p. 30.

¹⁸⁵ CGTN, « Vocabulaire de l'audiovisuel et de la communication », 2006, p. 24.

¹⁸⁶ Vivendi Universal dès 1998.

actionnaires et pour souligner les lacunes en matière de publication des résultats¹⁸⁷, n'est recommandée explicitement – *a fortiori* imposée – ni par la loi, ni par ses règlements d'application, ni par les codes et recommandations en matière de gouvernement d'entreprise (AFEP / MEDEF, AFG). Elle n'était évoquée qu'ici et là¹⁸⁸. Ce n'est qu'en 2012 que le rapport Lafarge de l'AMF s'attardera un peu plus sur la retransmission de l'assemblée générale en ligne¹⁸⁹. Dans sa partie invitant à « favoriser une plus grande transparence post-assemblée », le rapport souhaite, sans émettre de « proposition » comme il le fait à trente reprises sur d'autres points, « encourager le développement des retransmissions vidéo en direct des assemblées et, à terme, la possibilité pour les actionnaires qui assistent à ces retransmissions de débattre, de voter en temps réel à distance ». S'il faut se réjouir de cette recommandation, et de son intitulé appelant à « développer la retransmission des assemblées par voie électronique », il faut aussi rappeler que le vote en direct, autorisé légalement depuis 2002, ne devrait plus être considéré comme de la science-fiction¹⁹⁰. Relevons enfin que ces recommandations informelles ne concernent pas, comme annoncé, l'information post-assemblée, puisqu'il n'est question dans le corps du rapport que de la retransmission en direct. La simple retransmission vidéo n'est ainsi considérée que comme une première étape vers les débats en direct à distance par visioconférence.

Cette position n'est pas étonnante. Elle est le reflet de la position réglementaire en vigueur.

B) Le droit hors de tout usage

54. Dans l'hypothèse de la participation en direct des actionnaires à l'assemblée, l'article R. 225-97 C. com.¹⁹¹ dispose que les moyens de visioconférence ou de télécommunication utilisés doivent satisfaire « à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations ».

Une retransmission continue et en direct est donc imposée en droit français dans l'hypothèse du vote en assemblée en direct par des moyens de visioconférence ou de

¹⁸⁷ AMF, *Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France*, Rapport Y. MANSION (dir.), 06.09.2005, p. 16.

¹⁸⁸ Cf. par ex. Le club des juristes, Commission Europe, « Recommandations et bonnes pratiques à l'attention des émetteurs et des investisseurs institutionnels », 04.2010, p. 38.

¹⁸⁹ AMF, *Les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées*, Rapport O. POUPART LAFARGE (dir.), 07.02.2012, p. 16.

¹⁹⁰ V. *infra*, « La crainte du vote en direct », § 518.

¹⁹¹ Il se réfère explicitement à l'application de l'article L. 225-107 II C. com. et donc à l'exercice du droit de vote par voie électronique. Cette incohérence de l'article R. 225-97 C. com., mettant en danger l'intelligibilité du texte, sera explicitée plus bas ; v. *infra*, § 532.

télécommunication. Or cette hypothèse ne trouve aucune application pratique relevée en France, en raison avant tout du degré d'exigence posé par cet article¹⁹².

§ 2 - La publicité de l'événement, le caractère privé de l'assemblée

55. La retransmission vidéo de l'assemblée soulève deux types d'interrogations. Les premières sont relatives au caractère privé ou public de l'assemblée (I), les secondes au respect du droit à l'image des actionnaires présents au regard du droit à l'information des actionnaires non présents (II).

I - L'assemblée générale, réunion privée ?

56. La question du caractère privé ou public de l'assemblée générale des actionnaires est des plus significatives. Elle se situe à l'intersection d'un ensemble de questions relatives à la nature même de la société anonyme. Elle illustre une fois encore que le droit de l'assemblée générale, relevant par nature du champ d'application du droit des sociétés, est à l'orée du champ financier. Le rôle de la presse dans l'effort de transparence fut déjà un symbole d'ouverture vers le public intéressé à l'information financière, voire à la recherche d'informations commerciales.

L'assemblée générale des actionnaires est en France comme en Allemagne un événement de droit privé. Les règles relatives à l'assemblée générale posées par les statuts sont par nature de droit privé, elles le sont d'autant plus que leur validité est fonction de normes – impératives ou supplétives, légales ou réglementaires – de droit privé. Le droit financier, considéré comme une branche du droit privé, est un droit mixte : il comporte tantôt des obligations de publication à l'aide d'outils de droit public (tels que les journaux officiels), des sanctions administratives prononcées par des institutions publiques (telle que l'Autorité des marchés financiers), ainsi que des sanctions pénales à la discrétion du pouvoir judiciaire. Dans l'idéal républicain, la notion de droit public, qui suppose simplement une quelconque implication de l'État, en appelle à l'idée de transparence et à son corollaire de publicité. Or le droit public n'a aucunement le monopole de la publicité. L'argument du droit privé ne suffit donc pas à justifier la volonté de réserver l'assemblée générale aux membres de la société.

¹⁹² V. *infra*, « Les défis de la visioconférence », § 592.

57. Le cercle des non-actionnaires intéressés par l'assemblée générale peut être relativement grand. Il suffit de penser aux membres de l'entreprise, aux salariés et aux dits *Stakeholders* (« parties prenantes »), voire même aux partenaires et concurrents commerciaux, aux anciens actionnaires, aux curieux, aux individus à la recherche de contacts d'affaires, ainsi qu'au grand public, par l'intermédiaire de la presse financière friande d'anecdotes. De manière générale, l'on peut affirmer que les sociétés cotées françaises (A) et allemandes (B) faisant l'effort (financier et organisationnel) de retransmettre l'assemblée, de l'enregistrer et de la placer sur leur site internet, ne limitent pas le champ des destinataires aux seuls actionnaires sur identification, mais en offre un libre accès au public. Le fait est que dans les sociétés dont les actions sont admises à la négociation, l'assemblée générale est ouverte à chaque personne détenant une action inscrite en compte à quelques jours de la réunion. Aussi est-il illusoire de considérer que cette assemblée est une réunion strictement privée. Pour autant, ce n'est pas parce qu'un principe est constamment violé qu'il n'est plus digne d'être protégé¹⁹³.

A) Position française

58. Les juristes et praticiens français partent du principe que les débats ont un caractère privé¹⁹⁴. Cela reste le cas dans l'hypothèse (encore théorique) de la tenue de l'assemblée générale par visioconférence, les actionnaires ne pouvant accéder au site dédié « qu'après s'être identifiés au moyen d'un code fourni préalablement à la séance »¹⁹⁵.

Ils n'en sont pas moins confrontés à la publicité de l'assemblée à deux égards. Le premier a trait aux conditions d'admission des personnes non-actionnaires à l'assemblée générale (1). Le second, plus subtil sans pour autant être anecdotique, fait appel au droit pénal relatif à la diffamation et à l'injure, incriminations liées à des peines variant selon le degré de publicité de l'infraction (2).

¹⁹³ « ... nicht geschützt werden dürfte, was ohnehin verletzt werde... » in, J. ZÄTZSCH, M. GRÖNING, *loc. cit.* note 182.

¹⁹⁴ P. DIDIER, PH. DIDIER, *Droit commercial – Les sociétés commerciales*, Tome 2, Economica, 2011, p. 661 ; Y. GUYON, « Assemblées d'actionnaires », *Rép. soc.*, 2002 (déc. 2010), § 166 ; F. MANSUY, « Assemblée générale - Composition... », *Jurisl. Société Traité*, Fasc. 136-10, cote : 01,2007, 15.10.2006, § 81.

¹⁹⁵ Cf. R. 225-98 C. com. ; F. MANSUY, *idem*, § 50.

1. Admission de tiers à l'assemblée

59. La question de l'admission des non-actionnaires est récurrente et jamais anodine. Si le délit d'entrave à l'accès à l'assemblée de l'article L. 242-9 1° C. com. ne concerne que les actionnaires ou leurs représentants¹⁹⁶, il appartient au bureau de l'assemblée, *a contrario*, de s'assurer que les participants sont bien actionnaires (ou représentants), et que les témoins non-actionnaires ont bien été invités ou que la loi ou la pratique impose de tolérer leur présence¹⁹⁷.

La salle de l'assemblée générale des actionnaires n'ayant aucune raison d'être ouverte aux passants, le critère déterminant du passage de la réunion privée à la réunion publique est la présence de journalistes. L'ANSA fait ici appel à la « culture » de la société¹⁹⁸. L'ouverture de la société vers le public, par l'accès de journalistes à l'assemblée générale, est en effet une question de politique interne. Elle est un exercice plus ou moins maîtrisé de transparence et de communication avec « l'extérieur », à savoir les marchés financiers, suivis des acteurs des marchés commerciaux concernés, voire aussi des décideurs politiques. S'il n'y a en effet rien à dire sur ce point, il faut toutefois relever la position de l'AFEP et de l'ANSA en cas de conflit entre un actionnaire et le bureau de l'assemblée relatif à la décision d'ouvrir l'assemblée aux journalistes : « En pratique, au cas où un actionnaire se plaindrait de la présence de journalistes, le président peut commencer à rappeler que l'assemblée est formée des actionnaires mais que le bureau a considéré que la présence des journalistes s'imposait pour une bonne diffusion des informations concernant la vie de l'entreprise. Si l'actionnaire insiste, le président est obligé de soumettre la question au vote de l'assemblée »¹⁹⁹. Cette affirmation est intéressante à plusieurs titres. Elle rappelle premièrement le caractère privé par défaut de l'assemblée. Elle accorde ensuite aux actionnaires une supériorité sur le bureau de l'assemblée. Selon cette position, un actionnaire disposant de 50 % plus une voix des droit de vote peut s'opposer à la publicité de l'assemblée. Mais pourrait-il *a contrario* imposer la publicité voire la retransmission en ligne de l'assemblée, s'il lui apparaissait par exemple nécessaire de dénoncer publiquement certaines pratiques ?

Cette question ne se pose pas en pratique, du moins pas en ces termes, pour la simple raison qu'une retransmission vidéo suppose du matériel et une logistique qui ne s'improvisent

¹⁹⁶ « Puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9000 euros ».

¹⁹⁷ On peut citer, de manière non exhaustive, les huissiers sur décision de justice, les représentants de la masse obligataires (art. L. 225-55 C. com.), représentant du comité d'entreprise (cf. L. 2323-8 Code du travail), mais pas des syndicats, cf. ANSA, « La prévention et la gestion des incidents en cours d'assemblée », n° 3208, juil. 2003, p. 5.

¹⁹⁸ *Ibidem* ; AFEP (en liaison avec l'ANSA), « Vade-Mecum à l'intention du bureau des assemblées générales », mars 2011, p. 31.

¹⁹⁹ AFEP, *ibidem* ; ANSA, *idem*, p. 6.

pas dans les premières minutes de l'assemblée. Si l'on considère la réunion comme événement privé, rien n'interdit *a priori* que la retransmission vidéo soit imposée par une clause statutaire adoptée par un vote à la majorité qualifiée en assemblée générale extraordinaire, expression du pouvoir « supra-conventionnel » des actionnaires. S'il est plus probable qu'une clause statutaire d'habilitation relaie le pouvoir de décision aux dirigeants de l'assemblée, en général mieux à même de se prononcer sur l'opportunité d'une retransmission vidéo, l'hypothèse ne peut pas être exclue *de lege lata*.

2. Délits publics en assemblée

60. Ce sont les délits de diffamation et d'injure qui obligèrent les tribunaux à se prononcer sur le caractère privé ou public de certaines assemblées générales des actionnaires ayant connu ce genre d'incidents de séance. Deux cas d'espèce peuvent ainsi être présentés : celui d'un actionnaire ayant proféré en assemblée rassemblant 3000 actionnaires des propos mettant en doute la probité des dirigeants²⁰⁰, puis celui d'un médecin actionnaire minoritaire d'une polyclinique de région critiquant de manière véhémement d'autres actionnaires et certains dirigeants dans un document distribué en assemblée puis annexé au procès-verbal²⁰¹.

61. Dans la première affaire, la Cour d'appel de Paris avait relaxé le prévenu et débouté les parties de leur demande de paiement de dommages et intérêts, « pour les motifs d'une part, que la réunion aurait présenté le caractère d'une réunion privée, la divergence des témoignages recueillis ne permettant pas d'établir que des personnes autres que celles convoquées pour y assister et celles dont la présence était nécessaire à la régularité de sa tenue se soient mêlées à l'assistance ou aient entendu de l'extérieur les propos échangés »²⁰². Dans un premier moyen de leur pourvoi, les parties civiles estimaient cependant qu'« en raison du nombre des personnes convoquées et de la présence de personnes qui n'avaient pas la qualité d'actionnaires, la réunion avait nécessairement un caractère de publicité »²⁰³.

²⁰⁰ Cass. crim., 04.12.1973, pourvoi n° 73-90.513.

²⁰¹ H. MATSOPOULOU, « Document diffusé lors d'une assemblée générale par un actionnaire : droit de libre critique et absence de diffamation », note ss Cass. 2^e civ., 13.05.2004, pourvoi n° 02-10534, *Renaud F. c/ Eric Bouïn, Rev. sociétés*, 2005, p. 401.

²⁰² Les motifs de la Cour d'appel établissant « d'autre part que les propos relevés par la poursuite n'auraient pas excédé la limite de la défense des intérêts généraux des actionnaires... » *in*, Cass. crim., *ibidem*.

²⁰³ La seconde branche du moyen estimant que, « d'autre part, l'allégation du prévenu suivant laquelle les dirigeants de la société auraient créé une association pour s'approprier les fonds sociaux portait atteinte à leur honneur et à leur considération de telle sorte que le délit de diffamation se trouvait légalement caractérisé... » *in*, Cass. crim., *ibid*.

La Cour d'appel avait ensuite établi « que les propos, ayant été tenus dans un lieu privé et en présence de personnes liées par une communauté d'intérêts, ne seraient susceptibles d'aucune incrimination ». Dans un second moyen, les parties arguaient en réponse que « la diffamation non publique est assimilée à l'injure non publique et constitue en conséquence un délit punissable ».

Dans son premier attendu, la Chambre criminelle de la Cour de cassation donne raison aux parties civiles sur le fait que « par assimilation à l'injure non publique les imputations diffamatoires non publiques sont punissables, notamment, lorsqu'elles excèdent les limites admissibles de la défense des intérêts généraux du groupement au sein duquel elles sont diffusées ». La Cour retiendra une attaque diffamatoire dirigée contre les personnes mêmes et non leurs actes ayant « outrepassé les limites admissibles du droit de critique qui appartenait au prévenu pour la défense des intérêts généraux de la société », cassera et annulera en conséquence la partie de l'arrêt de la Cour d'appel relative aux intérêts civils.

Juge du droit, la Chambre criminelle reprend à cette fin les constatations factuelles de la Cour d'appel, reconnaissant ainsi les critères de détermination du caractère privé ou public de l'assemblée générale des actionnaires²⁰⁴. Premièrement, le nombre d'actionnaires présents à l'assemblée n'est pas un critère déterminant²⁰⁵. En l'espèce, la Cour relève que l'assemblée générale a réuni environ 3000 actionnaires dans une salle réservée à cet effet. Deuxièmement, la qualité des actionnaires doit avoir été contrôlée à l'entrée de la salle. Troisièmement, les personnes dont la présence est nécessaire à la régularité de l'assemblée ne rendent pas la réunion publique²⁰⁶. Quatrièmement, la réunion est considérée publique quand preuve est apportée que toute autre personne a pénétré dans la salle ou a entendu de l'extérieur les propos échangés, et ce de quelconque manière que ce soit²⁰⁷.

²⁰⁴ « Que, toujours selon l'arrêt, une assemblée générale de la société 'locop' réunissant environ 3000 actionnaires, a eu lieu le 23 septembre 1972 dans une salle réservée à cet effet ;

Que la qualité de ces actionnaires avait été vérifiée à l'entrée ;

Qu'il n'est pas établi que des personnes autres que celles qui avaient été convoquées pour assister à l'assemblée générale et celles dont la présence était nécessaire à la régularité de sa tenue, aient pénétré dans la salle ou aient entendu de l'extérieur les propos échangés ;

[...] attendu qu'après avoir déclaré à bon droit, en se fondant sur les constatations ci-dessus reproduites, que l'assemblée générale tenue le 23 septembre 1972 n'avait pas le caractère d'une réunion publique... » *in*, Cass. crim., *ibid.*

²⁰⁵ Pour certains, le nombre important d'actionnaires est un critère parmi d'autres en faveur de la publicité de l'assemblée dans les sociétés cotées ; cf. Y. GUYON, *op. cit.* note 194, § 166.

²⁰⁶ Par ex. : bureau de l'assemblée, dirigeants, scrutateurs, commissaires aux comptes, agents de sécurité, techniciens, et non les personnes accompagnant ou représentant éventuellement les actionnaires en vertu d'une disposition légale ou d'une décision de justice.

²⁰⁷ Cf. ANSA, *op. cit.* note 197, p. 9.

62. Dans la seconde affaire, la Cour d'appel d'Angers avait constaté l'infraction de diffamation non publique et condamné l'auteur du document à payer des dommages-intérêts. La 2^e Chambre civile de la Cour de cassation, statuant définitivement dans un arrêt de cassation au seul visa de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881²⁰⁸, ne s'est pas attardée sur le caractère non public de la diffamation²⁰⁹, pas plus d'ailleurs que l'auteur de la note de doctrine s'étendant sur la jurisprudence relative à la diffamation²¹⁰. La question est donc certainement close, dans l'attente d'une accusation de diffamation publique en assemblée générale.

63. Si, en l'absence d'attendu de principe, la qualification du caractère privé ou public de l'assemblée a lieu *in concreto*, la Cour de cassation suit des critères aisément applicables à l'ensemble des assemblées générales d'actionnaires, et notamment à la retransmission vidéo. L'information des actionnaires quant à la présence de tiers ou à la retransmission en ligne libre d'accès est primordiale. La connaissance du caractère public de l'assemblée est susceptible d'emporter la caractérisation des délits de diffamation et d'injure publique – délits d'autant plus rapidement commis sur internet par visioconférence ou par écrit électronique en raison du sentiment d'impunité de l'auteur dû à la distance physique.

B) Position allemande

64. La grande majorité de la doctrine allemande reconnaît à l'assemblée générale des actionnaires un caractère privé. Le fait qu'il soit remis aux statuts ou au règlement de l'assemblée de définir l'étendue de la publicité de la réunion est selon eux la preuve du caractère intrinsèquement privé de l'assemblée²¹¹. Si cette affirmation n'est pas fautive, elle est superficielle en ce qu'elle ne porte aucune attention aux effets juridiques d'une éventuelle publicité de la réunion.

²⁰⁸ Le champ d'application de l'article 29 de la loi du 29 juillet sur la liberté de la presse a été étendu à toute diffamation mais a impliqué des décennies durant la publicité des propos. L'article R. 621-1 du Code pénal, codifié en 1993 (D. n° 93-726 du 29.03.1993, JORF, 29.03.1993, p. 5559), sanctionne la diffamation non publique envers une personne d'une amende prévue pour les contraventions de la 1^{ère} classe, de la même manière que la Cour de cassation assimilait la diffamation non publique à une injure non publique condamnable.

²⁰⁹ Mais a simplement estimé « que les propos litigieux, qui, replacés dans leur contexte, se bornaient à dénoncer les anomalies de gestion de la société en termes véhéments, n'excédaient pas le droit de libre critique d'un actionnaire minoritaire sur un acte de gestion effectué par les actionnaires majoritaires de la société ».

²¹⁰ H. MATSOPOULOU, *loc. cit.* note 201.

²¹¹ D. KUBIS, *op. cit.* note 180, « § 118 AktG », § 118.

65. Le *Landgericht* de Francfort/M., amené à se prononcer sur la régularité d'une clause statutaire autorisant la retransmission de vidéo des futures assemblées²¹², a affirmé que l'assemblée générale d'actionnaires d'une société cotée (*Publikumsgesellschaft*) n'est pas un événement privé²¹³. Le communiqué de presse du tribunal ajoute que le nombre d'actionnaires présents dans ces sociétés est en principe indéfini et que la publicité de l'assemblée a toujours été établie en raison de la présence coutumière de représentants de la presse et des médias²¹⁴.

Cette appréciation a été froidement accueillie par une doctrine qui se prive bien, à quelques exceptions près, de faire référence à cette partie de l'arrêt relatif au caractère privé de l'assemblée. Certains n'hésitent pas à remettre en cause l'inflexible causalité entre la présence des médias à l'assemblée et la publicité de celle-ci, le fait de distribuer ponctuellement quelques cartons d'invitation à des journalistes ne faisant pas de l'assemblée un événement public²¹⁵. Cette position joue volontairement et sans convaincre sur les mots, en l'espèce sur l'expression « *öffentliche Veranstaltung* », bien ancrée dans le langage courant comme juridique, signifiant « manifestation publique », et impliquant une participation relativement ouverte. Affirmer, comme le fait le tribunal, que l'assemblée générale des actionnaires n'est pas une manifestation privée ne signifie pas que l'on entre dans la salle de l'assemblée sans aucune contrainte. Cela signifie simplement que les éléments marquants de l'événement seront divulgués à un cercle plus large que celui pour lequel l'événement est initialement prévu. À l'heure de la presse en ligne et des moteurs de recherche, la publicité de toute information relative à une assemblée est non seulement établie, elle est absolue.

66. L'ampleur de la publicité est sensée être contrôlée par le directoire²¹⁶. Selon l'expression appréciée des juristes germanophones, le directoire habilité par les statuts ou le règlement de l'assemblée ne détermine pas seulement le « *ob* », c'est-à-dire *si* la réunion est retransmise ou non, mais aussi le « *wie* », à savoir *comment* elle le sera. Le contrôle

²¹² Ainsi que sur la constitutionnalité du § 118 IV AktG (anc. § 118 III AktG).

²¹³ LG Frankfurt/M., *loc.cit.* note 182.

²¹⁴ « *Die Zahl der anwesenden Aktionäre speziell bei Publikumsgesellschaften wie der Beklagten ist grundsätzlich unbestimmt. Öffentlichkeit war auch bisher schon immer durch die regelmäßig zugelassenen Presse- und Medienvertreter hergestellt. Hauptversammlungen waren noch nie private Veranstaltungen, wie der Kläger meint.* » in, T. KEHREN, « *Ton- und Bildübertragung aus Hauptversammlung zulässig* », Presse n° Z03/04, *lg-frankfurt.justiz.hessen.de*, 29.10.2004.

²¹⁵ S. LENZ, « *Kurzkommentar* », LG Frankfurt/M., EWIR, 1/05, 3/2005, « §118 AktG », p. 98.

²¹⁶ Éventuellement en accord avec le conseil de surveillance, ou, plus naturellement, le président de l'assemblée, cf. T. HEIDEL, *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*, 4^e éd., 2014, « § 118 AktG », § 52 ; elle peut aussi l'être par disposition statutaire.

s'effectuera, d'une part, sur le contenu de la retransmission et/ou, d'autre part, sur le cercle des destinataires.

Il est en ce sens parfaitement envisageable que l'intégralité de la réunion ne soit pas retransmise. La retransmission peut ainsi se contenter des discours introductifs, et de la présentation des divers rapports. Si le gouvernement accorde une grande liberté quant à l'étendue de la publicité, il souligne toutefois que chaque décision doit être raisonnée et ne pas porter atteinte à l'impératif d'égalité de traitement des actionnaires. Aussi n'est-il par exemple pas tolérable de couper de la retransmission les interventions orales des actionnaires, et ce pour deux raisons : d'une part, l'on ne peut exiger des actionnaires non présents qu'ils patientent devant un écran vide le temps des questions, d'autre part, ces derniers seraient privés d'informations susceptibles d'influencer leur vote²¹⁷. Pourrait-on envisager que la séance de vote, proclamant directement les résultats résolution par résolution, ne soit pas retransmise ? La question n'a de sens que dans les sociétés non cotées puisque les sociétés cotées doivent en toute hypothèse publier les résultats des votes sur leur site internet²¹⁸. Certes ces premières sont peu voire pas tournées vers la retransmission de l'assemblée de manière générale. Une retransmission partielle ne présentant pas le vote des résolutions peut toutefois être envisagée, si elle est justifiée par l'intérêt social (publicité commerciale, transparence financière), elle ne peut du moins pas être interdite en l'état du droit. En pratique, la liberté du bureau de l'assemblée quant au contenu de la retransmission est au final très limitée et réside dans l'alternative suivante : soit la retransmission ne reprend que les discours introductifs et de présentation des rapports, soit elle reprend l'intégralité de l'assemblée.

La seconde manière de contrôler l'ampleur de la publicité consiste à contrôler l'accès à la retransmission. Il apparaît évident que la diffusion audio de l'assemblée sur une radio locale n'a pas la même portée informative que la rediffusion vidéo sur internet accessible à tous. La retransmission de l'assemblée, au-delà du duplex²¹⁹, doit servir en priorité les actionnaires ne pouvant se déplacer. L'accès à la retransmission peut enfin être limité aux actionnaires non présents. Il appartient aux statuts (ou au règlement de l'assemblée), bénéficiant d'une liberté certaine, de définir ou de donner au directoire ou au président de l'assemblée le pouvoir de définir l'étendue de la publicité, la limite consistant à ne pas porter atteinte à l'égalité entre actionnaires. Enfin, une exigence d'ordre pratique, voire éthique, consiste à informer explicitement l'ensemble des actionnaires du degré de publicité de

²¹⁷ RegE TransPuG, BT-Drs. 14/8769, 11.04.2002, p. 19.

²¹⁸ Art. 14 § 2 dir. « actionnaires », § 130 VI AktG.

²¹⁹ V. *infra*, « Le duplex », § 577.

l'assemblée, en d'autres termes d'indiquer dans l'avis de convocation à l'assemblée la forme de la retransmission, puis de le rappeler en début de réunion²²⁰.

67. Les commentateurs font l'effort de souligner que la retransmission vidéo du § 118 al. 4 AktG est juridiquement différente de celle de la participation électronique à l'assemblée de l'alinéa 1^{er}²²¹ et tout particulièrement du vote électronique de l'alinéa 2nd²²². Il ne suffit pas en effet de suivre l'assemblée sur internet (connexion passive) pour caractériser une participation à l'assemblée (au sens de « *Online-Teilnahme* » mais aussi plus généralement de vote par correspondance)²²³.

L'autre interrogation soulevée est celle de la remise en cause de l'anonymat de l'actionnaire en cas de retransmission vidéo de l'assemblée, et plus généralement de son droit à l'image, sur lequel le *Landgericht* de Francfort/M. s'est aussi penché dans l'affaire précitée.

II - Droit à l'image des participants

68. La raison principale justifiant l'introduction en droit allemand d'une mesure légale autorisant la retransmission vidéo de l'assemblée, alors que rien ne l'interdisait auparavant²²⁴, est d'assurer une certaine sécurité juridique quant au droit de rediffusion de l'image des actionnaires. Se faisant, le législateur autorise ce que certains considéraient être une atteinte aux « droits généraux de la personne » (*allgemeine Persönlichkeitsrechte*). Un droit

²²⁰ Au tournant des années 2000, les clauses statutaires jouaient la transparence en précisant quelques règles relatives à la retransmission. Dans son projet de résolution portant modification des statuts, la SAP AG déclarait par ex. : « *Die Hauptversammlung kann auszugsweise oder vollständig in Bild und Ton übertragen werden. Die Übertragung kann auch in einer Form erfolgen, zu der die Öffentlichkeit uneingeschränkt Zugang hat. Die Form der Übertragung ist in der Einladung bekanntzugeben.* » (« L'image et le son de l'assemblée générale peuvent être retransmis partiellement ou intégralement. La retransmission peut avoir lieu dans une forme conférant un accès sans réserve à tout public. La forme de la retransmission doit être communiquée dans la convocation »). SAP AG, « *Vorschlag einer Satzungsänderung in der Einladung zur Hauptversammlung (3. 5. 2002)* », *Börsenzeitung*, 22. 3. 2002, p. 21, cité par U. SEIBERT, *loc. cit.* note 179.

La majorité des statuts des sociétés cotées indexées au DAX, la SAP AG incluse, se contentent toutefois aujourd'hui de reprendre l'expression lacunaire du § 118 IV AktG : « Le directoire est autorisé à prévoir la retransmission partielle ou intégrale de l'image et du son l'assemblée générale » ; Deutsche Telekom AG, Statuts 2013, « § 15 II » ; *idem* pour la SAP AG, Statuts 2012, « § 20 IV ».

²²¹ T. HEIDEL, *op. cit.* note 216, « § 118 AktG », § 50.

²²² J. HOFFMANN, *op. cit.* note 181, « § 118 AktG », § 46.

²²³ Cette distinction implique que si une retransmission vidéo est prévue dans le cadre d'une participation électronique à l'assemblée des actionnaires, ni le directoire, ni les statuts ne peuvent y interférer sur la base des pouvoirs qui lui ont été conférés par les statuts et le § 118 IV AktG, comme ils seraient autorisés à le faire pour la diffusion publique de l'assemblée. Le fait d'interrompre la diffusion annoncée et destinée aux actionnaires votant en ligne les exclut en effet de la réunion et porte atteinte au bon exercice de leurs droits ; V. *infra*, « Présence et participation », § 563.

²²⁴ Et déjà pratiquée, notamment par la Deutsche Telekom AG (an 2000), et la Pro Sieben Media AG (1998) ; cf. U. NOACK, « *Online-Hauptversammlung* », *NZG*, 2001, p. 1057.

d'opposition à l'enregistrement et à la rediffusion de leur image est ainsi directement refusé aux actionnaires de droit allemand²²⁵. Tel n'est pas le cas en droit français, qui ne dispose d'aucune norme d'habilitation relative à la rediffusion de l'assemblée. Si les actionnaires de sociétés cotées sont donc généralement avertis à l'ouverture de la séance de questions de la présence de caméras, il n'est pas rare que le président de l'assemblée précise que ces caméras ne seront pas tournées vers les actionnaires intervenant, et qu'il leur suffira de ne pas se présenter pour que leur anonymat soit garanti²²⁶.

69. Dans sa décision précitée²²⁷, le *Landgericht* de Francfort/M. s'est aussi prononcé sur la légalité d'une clause statutaire autorisant la rediffusion vidéo des débats, et incidemment sur la constitutionnalité de la norme d'habilitation (§ 118 V AktG), au regard de la violation du droit à l'image invoquée par l'actionnaire plaignant. L'argument que la rediffusion des débats intimiderait les actionnaires en les « clouant au pilori de l'opinion publique » (*Prangerwirkung*) est rejeté par le tribunal²²⁸. La mise en balance de la volonté de la majorité de retransmettre l'assemblée au profit des actionnaires absents d'un côté, et du droit à l'image des actionnaires présents de l'autre, en faveur de cette première, est plus pertinente. Doit enfin être approuvée l'affirmation du tribunal rappelant que la protection des droits fondamentaux ne peut justifier de s'opposer de manière irréfléchie aux situations nouvelles dues au progrès²²⁹.

Conclusion intermédiaire

70. « La transparence financière est un vecteur de sécurité économique et renforce l'état de droit et la démocratie »²³⁰, écrit-on. Force est d'admettre que la rediffusion de l'assemblée reste aujourd'hui avant tout une opération de publicité – au sens commercial du terme – pour l'équipe dirigeante et pour la société. Ce n'est ni un exercice de transparence financière, ni

²²⁵ RegE TransPuG, BT-Drs. 14/8769, 11.04.2002, p. 19.

²²⁶ « Je vais commencer en rappelant que chaque actionnaire a le droit à la préservation de son anonymat ainsi qu'à la protection de son image, les actionnaires prenant la parole n'apparaîtront pas sur les images diffusées sur Internet. Les personnes qui ne souhaitent pas que leur nom soit cité, voudront bien éviter de se présenter au début de leur intervention. » in, AG Air liquide SA, Palais des Congrès, 4 mai 2011.

²²⁷ LG Frankfurt/M., *loc. cit.* note 182.

²²⁸ Rappeler que l'actionnaire ne souhaitant pas s'identifier peut se faire représenter est un motif malheureux ; cf. S. LENZ, *loc. cit.* note 215.

²²⁹ « *Andererseits darf Grundrechtsschutz nicht dazu dienen, aus dem fortschreitenden Zeitalter sich entwickelnde Neuerungen unreflektiert zu verhindern.* » in, LG Frankfurt/M., *loc. cit.* note 182.

²³⁰ France Diplomatie, « Transparence financière », *diplomatie.gouv.fr*, à jour au 01.03.2013.

une opération dans l'intérêt direct des actionnaires. Il faut, à l'avenir, diriger l'outil vers l'actionnaire dans l'objectif de lui permettre d'exercer ses droits à distance. Cela ne nécessite pas de couper tout accès au public.

Cette problématique est aussi présente en matière de diffusion de documents informatifs en période d'assemblée générale et est renforcée par le fait qu'une part de ces informations n'intéresse – ou ne devrait intéresser – que les actionnaires.

CHAPITRE 2 - L'ESSOR DE L'INFORMATION REGLEMENTEE EN LIGNE

« By changing the communication channels in an organization, ... we are also threatening the power of those whose positions in the organization depend on control over the generation and dissemination of the information that flows through these channels. Such a innovation is thus likely to be seen by many as a usurpation, a threat »²³¹.

71. « Le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, doit adresser ou mettre à la disposition des actionnaires les documents nécessaires pour permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause et de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société », dispose l'alinéa 1^{er} de l'article L. 225-108 C. com. Le ton est protecteur, l'ordre est abstrait et général, la lettre n'a pas changé depuis son introduction par la loi sur les sociétés de 1966²³². « La nature de ces documents et les conditions de leur envoi ou de leur mise à la disposition des actionnaires sont déterminées par décret en Conseil d'État », poursuit l'article. Il n'est donc pas uniquement question d'informations de nature financière, dont la spécificité dépasse le cadre de cette étude²³³, mais de la diffusion d'informations orchestrée par le droit des sociétés.

²³¹ S. R. HILTZ/ M. TUROFF, *The network nation*, 1978, p. 49, cité par P. FLICHY, *The internet imaginaire*, The MIT Press, 2007 (2001), p. 49.

²³² Art. 162 (ab.) loi n° 66-537 du 24.07.1966, JORF 26.07.1966.

²³³ L'information financière réglementée a fait l'objet d'une harmonisation européenne à travers la directive n° 2004/109/CE du 15.12.2004 dite « Transparence ». La directive, s'adressant aux « émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé », distingue l'information périodique de l'information continue. L'information périodique est constituée des rapports financiers annuels, semestriels, ainsi que des déclarations intermédiaires de la direction relatives entre autres à la situation financière de la société et à certains événements importants. L'information continue concerne quant à elle tout particulièrement la répartition des participations élevées, calculée sur le pourcentage des droits de vote détenus par les actionnaires, mais aussi toute modification des droits attachés aux actions, etc.

La directive fut transposée en droit français en partie par la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie (loi n° 2005-842 du 26.7.05, dite *loi Breton*, JO 27.7.05, p. 12160), puis par un arrêté du 7 janvier 2007 (arr. du 04.01.2007, JO 20.01.07). On retrouve les dispositions de la directive aux articles 221-1 et suivants du Règlement de l'AMF, bien que, sur le fond, la directive n'ait pas remis en cause le droit français (P.-A. CONCHON, « Les nouvelles obligations en matière d'information périodique », *RD bancaire*

72. La consultation en ligne de documents apparaît aujourd'hui comme une évidence. Mais, pour les sociétés par actions, cette évidence va de paire avec l'apparition de craintes fondées sur les spécificités du support informatique de l'information. Ces craintes ne concernent pas tant l'accessibilité améliorée de l'information, plutôt positivement accueillie, que la perte de contrôle de sa diffusion auprès du public. Si les documents destinés aux seuls actionnaires sont rares dans les sociétés ouvertes, l'accès par la voie électronique à de telles informations les rend plus aisément partageables et donc potentiellement publiques. C'est la raison pour laquelle les obligations de publication en ligne ne s'appliquent en première lieu qu'aux sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé.

73. Le présent chapitre est tourné vers les moyens d'accès à l'information pour l'actionnaire actif, c'est-à-dire celui qui se donne la peine de la chercher et/ou de l'exiger. La loi distingue ainsi la faculté de prendre connaissance ou copie de documents (Section 1) de leur éventuelle publication (Section 2). S'inscrivant dans une réflexion plus large sur la dichotomie entre « l'envoi de » et « l'accès à » l'information, et tout particulièrement sur le caractère portable de l'information en droit des sociétés, la communication directe de l'information à l'actionnaire par voie électronique fera l'objet de futurs développements²³⁴.

SECTION 1 - L'ACCES AUX DOCUMENTS SOCIAUX : PRENDRE CONNAISSANCE, PRENDRE COPIE

74. Une série de documents a vocation à être présentée lors de l'assemblée générale. Il s'agit entre autres des projets de résolution, des comptes, ainsi que des rapports des administrateurs et des commissaires aux comptes. D'autres documents, bien que non présentés lors de l'assemblée, sont nécessaires à la prise de décision. L'on pense par exemple

et fin., 01-02.2007, p. 51). La transposition allemande a aussi eu lieu par voie législative et se retrouve entre autres aux §§ 37v-z WpHG (*Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz* - TUG, BGBl. I 2007, p. 10).

L'article 221-3 II Rg. AMF impose à la société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé « de mettre en ligne sur son site internet les informations réglementées dès leur diffusion » (cf. C. de WATRIGANT, « L'information financière réglementée à l'heure de la communication électronique », *RD bancaire et fin.*, 07-08.2008, § 16, p. 34 ; *Comm. Com. électr.*, 5/2008, ét. 11). En droit allemand, les § 37v, § 37w et 37 z WpHG obligent par exemple les sociétés émettrices de valeurs mobilières à annoncer, avant la publication des rapports annuels et semestriels, « à partir de quand et à quelle adresse internet » ils seront accessibles au public.

²³⁴ V. *infra*, « La communication électronique avec l'actionnaire », § 255.

à la liste des actionnaires, ou aux résultats de la société lors des derniers exercices. Les droits français et allemand autorisent l'actionnaire à prendre connaissance de certains documents sociaux au siège social. Le débat sur la faculté de prendre copie de ces documents est accentué, en France (§ 1) comme en Allemagne (§ 2), par l'élargissement du droit de consultation de ces documents sur support informatique, voire à distance.

§ 1 - Droit français

75. La consultation électronique à distance permet techniquement de prendre copie des informations. Cela n'est pas le cas de la simple consultation sur support électronique, telle que la présentation de la feuille de présence sur des écrans en assemblée ou au siège social (I). En toute hypothèse, la distinction entre le droit de prendre connaissance et le droit de prendre copie est remise en cause par la technique et les exigences des actionnaires (II).

I - La copie face au développement technologique

76. L'article 18 de la loi des 23-29 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, appellation générique incluant la société anonyme, imposait qu'une copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires, en plus d'être communiquée aux actionnaires connus, soit déposée au greffe du tribunal de commerce, le tout au moins quinze jours avant la réunion de l'assemblée. Il apparaît qu'en plus des actionnaires, toute personne ait été autorisée à consulter ces documents²³⁵. L'article déclarait ensuite que « tout actionnaire peut, en outre, prendre au siège social communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires ».

L'article 35 de la loi de 1867 a reformulé ces prérogatives et en changea considérablement la portée. Il supprima tout d'abord l'obligation de dépôt au greffe²³⁶. Ces informations n'étaient dès lors plus considérées comme d'intérêt public, mais seulement destinées aux actionnaires s'y intéressant. La loi de 1867 disposait ainsi que « quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, tout actionnaire peut prendre, au siège social,

²³⁵ « ... la discussion de la loi avait établi que là, non-seulement les actionnaires, mais encore tout individu, pouvait en demander communication », A. MATHIEU, A. BOURGUIGNAT, *Commentaire de la loi sur les sociétés du 24-29 Juillet 1867*, Paris, 1868, comm. ss art. 35, § 321, p. 191.

²³⁶ « La nouvelle loi se tait sur le dépôt au greffe d'une copie du bilan et du rapport des commissaires. Ce dépôt a donc cessé d'être obligatoire. » *in, ibidem*.

communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires, et se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires ». La frontière entre les informations dont on peut simplement prendre communication, et celles dont on peut prendre copies était encore floue, et ne concernait manifestement que la liste des actionnaires. N'étaient pas non plus claires, selon les propres dires du rapporteur de la loi, les modalités de la prise de copie du bilan et du rapport :

« Le droit qu'ont ainsi tous les actionnaires de demander cette délivrance, implique-t-il, pour les administrateurs, le devoir de faire imprimer les deux documents dont il s'agit ? La loi se tait à cet égard ; il y a donc faculté et non pas obligation d'imprimer. On n'a pas voulu imposer cette dépense, pour permettre la forme anonyme aux petits capitaux et cela était nécessaire en vue des sociétés à capital variable. »²³⁷

77. Un décret du 30 octobre 1935 élargit les droits des actionnaires en réécrivant l'article 35 précité : « À toute époque de l'année, tout actionnaire peut prendre connaissance ou copie au siège social, par lui-même ou par un mandataire, de tous les documents qui ont été soumis aux assemblées générales durant les trois dernières années et des procès-verbaux de ces assemblées ; il peut, quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, prendre, au siège social, communication de la liste des actionnaires »²³⁸. Sont ainsi apparus plusieurs éléments que l'on connaît encore aujourd'hui. Premièrement, la distinction est faite entre les documents accessibles en tout temps, et ceux dont la consultation est réservée à la période précédant l'assemblée. Apparaît ensuite la notion de documents présentés à l'assemblée générale. À relever, enfin, la possibilité pour tout actionnaire de mandater une personne pour exercer son droit de prendre connaissance ou copie.

78. Profitant de la nouvelle législation sur les sociétés commerciales, le décret de mars 1967 a procédé à une clarification. Deux articles du règlement d'application ont ainsi été accompagnés d'un alinéa disposant que « le droit de prendre connaissance emporte celui de prendre copie »²³⁹. Cette extension n'est pas générale. Elle ne vaut que dans le cadre des deux articles en question. Jusqu'en 2011, les deux alinéas excluaient en outre explicitement le droit de prendre copie de l'inventaire²⁴⁰. Sur ce point, une question fut posée au gouvernement dès

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ D. du 30.10.1935 modifiant l'article 35 de la loi du 24.07.1867 sur les bilans et comptes, JO 31.10.1935.

²³⁹ Art. 139 (ab) D. n° 67-236 du 23.03.1967 (art. R. 225-89 C. com.), art. 142 (ab) D. 1967 (art. R. 225-92 C. com.),

²⁴⁰ L'article 59-I de la loi n° 2011-525 du 17.05.2011 (JORF n° 115, 18.05.2011, p. 8537) a en effet supprimé le droit de tout actionnaire à obtenir communication de l'inventaire, posé jusqu'alors à l'article L. 225-115 n°1 C. com. Dès lors, la réserve relative à la prise de copie de l'inventaire n'avait plus lieu d'être, et fut supprimée

1972, dont la reproduction est ici nécessaire à la compréhension de la discussion actuelle relative à la prise de copie de la feuille de présence :

« M. de Préaumont expose à M. le ministre de la justice que les articles 139 et 142 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales mentionnent au sujet du droit de communication des actionnaires : ‘sauf en ce qui concerne l’inventaire, le droit de prendre connaissance emporte celui de prendre copie’. De ce fait, il est interdit de prendre copie de l’inventaire. Toutefois, s’il n’est pas facile de reproduire par écrit tous les documents figurant dans l’inventaire détaillé, il peut être utile de noter rapidement à l’aide d’un magnétophone les renseignements que l’épargnant, non doué d’une mémoire prodigieuse, a besoin pour suivre l’affaire à laquelle il a confié ses économies. En conséquence il lui demande ce qu’il faut entendre exactement par ‘prendre copie’. »²⁴¹

79. La réponse ministérielle explique qu’il « convient d’entendre par ‘prendre copie’ l’utilisation de tout procédé permettant à l’actionnaire la conservation des renseignements dont il a eu connaissance en compulsant les documents mis à sa disposition (prise de note, photographies, utilisation d’un magnétophone) »²⁴². Cette réponse, citée hors contexte dans le Code Dalloz des sociétés ainsi que par l’ANSA, fut formulée de manière à renforcer l’interdiction de prendre copie de l’inventaire. La réponse n’avait donc pas pour finalité de définir de manière abstraite l’expression « prendre copie », contrairement à ce qu’il en fut retenu. Comme M. L. Jospin l’affirma, en sa qualité de Premier ministre, « les réponses aux questions parlementaires qui sont soumises à la signature du ministre expriment la position de celui-ci, à une date et dans un contexte déterminés par la question posée »²⁴³. Une lecture approfondie de la réponse étudiée ne fait que le confirmer. En effet, il n’y est fait allusion qu’à « la conservation des renseignements dont l’actionnaire a eu connaissance en compulsant les documents » (c’est-à-dire en les feuilletant, en les consultant), et non à la conservation des documents en tant que tels.

Cette remise en contexte n’affecte pas le caractère informatif de la réponse ministérielle. Elle invite toutefois à rappeler que ces réponses écrites n’ont « en principe, pas de valeur juridique »²⁴⁴. Les réponses ministérielles sont enfin nécessairement situées dans un contexte temporel, législatif et technologique particulier. La liste, citée par la réponse entre parenthèse, des moyens possibles pour prendre copie d’informations n’a jamais eu l’ambition d’être

par le décret n° 2011-1473 du 09.11.2011 relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés (art. 6 et 7, JORF n° 261, 10.11.2011, p. 18893).

²⁴¹ Rép. min. n° 22652, séance 05.05.1972, *JOAN Q*, 06.05.1972, p. 819.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ Réponse Premier ministre (L. JOSPIN), *JO Sénat*, 28.08.1997, p. 2198 (S. MATHIEU, Question écrite n° 441, *JO Sénat*, 03.07.1997, p. 1760).

²⁴⁴ *Ibidem* ; par la force des choses, cette affirmation n’a pas non plus de valeur juridique...

exhaustive : à la prise de note, aux photographies, à l'utilisation d'un magnétophone s'ajouteraient aujourd'hui incontestablement la photocopie et la copie électronique.

80. Dans les années 1990, alors que les disques durs remplaçaient petit à petit les classeurs cartonnés, les sociétés anonymes s'interrogèrent sur la marge de manœuvre offerte par la loi quant à l'utilisation de matériel informatique. L'on s'interrogea sur la possibilité pour un actionnaire de consulter la liste des actionnaires sur écran. Le comité juridique de l'ANSA estima qu'un « tel procédé remplit les conditions imposées par les textes : la consultation sur écran permet de prendre 'connaissance' de la liste ; l'actionnaire peut 'prendre copie' des renseignements donnés par cette liste informatique, il pourrait même en prendre des photos »²⁴⁵. Rassurante quant à la légalité de la pratique, la réponse du comité recommande pourtant formellement d'imprimer le fichier informatique, et de ne proposer à l'actionnaire que ce « *listing* papier ». Les raisons invoquées touchent « à la preuve et à la commodité ». L'argument de la commodité, mis dans son contexte « historique », au regard en l'occurrence de la technologie de l'époque, est compréhensible bien que non particulièrement convaincant. Certes la prise de photo d'un moniteur d'ordinateur – qui plus est un moniteur à tube cathodique – reste particulièrement aventureuse²⁴⁶. Pour autant, rien n'empêchait les sociétés de mettre à la disposition des actionnaires au siège social un ordinateur, une chaise et un stylo, ou de leur proposer, après la consultation, d'imprimer le document s'ils l'estimaient nécessaire ou en exprimaient le souhait. L'argument de la preuve n'est pas plus persuasif. La preuve de la consultation d'un document papier ne peut être apportée que par témoignage et, le cas échéant, par un registre des visites au siège social. L'argument s'inscrivait dans un contexte de vide juridique face à la preuve électronique. Ce vide juridique suscitait des craintes et était facteur d'une insécurité qu'il n'est certes pas pertinent de critiquer aujourd'hui. Notons toutefois que la consultation d'un document informatique peut de son côté être en plus inscrite automatiquement dans un registre informatique, de manière anonyme ou après identification de l'actionnaire. En toute hypothèse, la force probante de ces registres et témoignages serait laissée à la discrétion du juge.

²⁴⁵ ANSA, « Liste des actionnaires : possibilité pour un actionnaire de consulter cette liste sur écran informatique », C.J. n° 344 du 07.06.1995, n° 2792, 09-10.1995 ; position reprise dans comm. ss art. L. 225-116 C. com., A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés, Dalloz commenté*, 2015.

²⁴⁶ La fréquence de rafraîchissement de l'écran, ainsi que la réflexion par le verre de la lumière ambiante rendent cette pratique quasi-impossible.

81. Une fois la question de la consultation sur écran informatique posée, celle de la copie électronique s'imposa inéluctablement. Les sociétés semblent réticentes à la copie par voie électronique, en témoignent les questions posées à l'ANSA²⁴⁷. Depuis 1995, le comité juridique de l'ANSA exclut que « l'actionnaire puisse obtenir copie, sur des supports informatiques personnels, de la liste informatique des actionnaires établie par la société »²⁴⁸.

La prise de copie des documents sociaux sous format numérique ou électronique a fait l'objet d'une attention particulière, à la lumière de l'évolution législative. Il est question de la sauvegarde et de la lecture des documents ou informations partielles sur un support informatique. La totalité des documents sociaux est aujourd'hui produite et archivée dans des fichiers informatiques aux formats classiques. L'obligation légale de publication en ligne de certains de ces documents en est la preuve. Dans l'absolu, la prise de copie par voie électronique ou numérique est à encourager. En toute hypothèse, la frontière entre les supports papiers et numériques s'estompe. Les documents sont produits sur support numérique, puis imprimés pour être mis à la disposition des actionnaires. Parallèlement, ces documents peuvent être scannés, photocopiés, ou pris en photo par l'actionnaire. Or à quand remonte la dernière photographie d'une partie des statuts ou de la liste des actionnaires prise avec un appareil photographique monté d'un négatif ? Si aujourd'hui photo, enregistrement audio, voire prise de notes il y a, ce sera plus probablement grâce à un téléphone ou tablette portable, donc de manière numérique. En ce sens, si une copie papier peut aisément être numérisée, pourquoi se défendre contre la copie numérique ?

82. L'intérêt du support des documents relève bien de la commodité. Or la commodité a entre temps changé de bord. Les informations sur support informatique peuvent être plus facilement recherchées, isolées, recroisées, annotées. L'informatique permet un traitement plus rapide et efficient de l'information. Il permet en effet aussi de les partager plus aisément, ce qui n'est pas sans soulever quelques interrogations parfaitement légitimes. Quelles sont les inquiétudes quant à la copie sur support électronique ?

Une première inquiétude pourrait résider dans la facilité de modification des documents. Un document papier scanné ou une photo numérique d'un document papier peuvent aisément être transformés en fichiers informatiques modifiables. Ni la modification, ni son auteur ne

²⁴⁷ ANSA, *ibidem* ; ANSA, « Peut-on communiquer, voire transmettre, les feuilles de présence ou la liste des actionnaires par la voie informatique aux actionnaires qui en feraient la demande ? », n° 12-052, sept. 2012, et n° 09-034, juil. 2009 ; *Code des sociétés*, *loc. cit.* note 245.

²⁴⁸ Ce procédé, poursuit-elle, « pourrait être assimilé à une 'connexion de fichiers', ou du moins à un traitement automatisé d'informations nominatives, régulés par la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978. » *in, idem.*

sont nécessairement identifiables, si bien que l'information finale est susceptible d'être attribuée à tort à la société. Ces informations erronées peuvent ensuite être diffusées et partagées afin de tromper le jugement de ses destinataires originaux.

Cette inquiétude renvoie à la question des sources de l'information, et particulièrement à la fiabilité des sources sur internet. Le support ne modifie pas la nature de l'information. La modification est volontaire et résulte de l'action d'une personne, actionnaire ou tiers intéressé. Elle n'a aucune conséquence juridique pour la société. La société n'est garante et responsable de l'exactitude que des documents et informations qu'elle distribue personnellement, au siège social, sur son site internet officiel, ou lors de toute manifestation officielle telle qu'une assemblée générale. Le caractère officiel de l'information est conféré par le Code de commerce, qui dicte aux actionnaires les modalités d'accès à l'information.

La seconde inquiétude réside dans la diffusion d'informations de nature semi-confidentielle voire relevant de la vie privée. En effet, l'accès aux documents sociaux est réservé aux actionnaires (art. L. 225-108 et -115 à -117 C. com., art. R. 225-88, -89, et -90 C. com.)²⁴⁹. Or le support électronique accentue le risque de partage voire de diffusion publique de ces informations. La diffusion en ligne peut se faire de manière parfaitement anonyme. Le public est protégé par les dispositions du code monétaire et financier et du Code de commerce, qui imposent la publication régulière d'informations financières précises. Le reste appartient à la société et à ses actionnaires. Ce que la loi n'impose pas de publier, la société est en droit de le garder pour elle. Mais la protection d'informations auxquelles les actionnaires ont accès ne sera jamais que relative. Il suffit en effet d'une seule action pour pouvoir prétendre à la communication des documents sociaux. Or l'achat d'une action ne dure que quelques millisecondes et tout individu peut aisément devenir actionnaire d'une société cotée. Tel n'est pas le cas dans les sociétés au capital fermé, dans lesquelles une participation est plus compliquée. Le caractère privé de ces sociétés est indéniable et leurs documents sociaux n'ont jamais vocation à être dévoilés au grand public.

83. Quant au droit au respect de la vie privée, encore faut-il que des individus soient concernés. C'est le cas dans le cadre de la diffusion de la liste des actionnaires et de la feuille de présence à l'assemblée.

²⁴⁹ À deux exceptions près. Le règlement autorise l'actionnaire à mandater une personne pour exercer ses droits d'accès aux documents (art. R. 225-91 à R-225-93 C. com.). L'actionnaire requérant communication de ces documents peut de plus se faire assister « d'un expert inscrit sur une liste établie par les cours et tribunaux » (art. R. 225-94 C. com.).

II - La légalité de la prise de copie

84. L'enjeu du débat sur la légalité de la copie électronique est bien faible (A). Il est évident que les informations obtenues par un actionnaire au siège social peuvent passer d'un actionnaire à l'autre ou être remise à tout tiers intéressé. La copie électronique ne constitue qu'une simple commodité dont le défaut rend plus difficile, mais non impossible le partage de ces informations. Cela n'empêche que des questions de droit se posent, d'une part, du côté du droit commun au respect de la vie privée (B) et, d'autre part, du côté de la loi « Informatique et Libertés » de 1978 (C).

A) Modalités et finalités d'accès à l'information

85. Après avoir présenté les modalités de consultation de la feuille de présence à l'assemblée (1), puis de la liste des actionnaires (2), nous verrons en quoi les conditions posées à l'accessibilité de l'information modulent la finalité de la tenue et de la présentation de ces documents (3).

1. Consultation de la feuille de présence

86. La loi impose la tenue d'une feuille de présence à chaque assemblée générale (art. L. 225-14 C. com.). La feuille de présence contient le nom, prénom, domicile, le nombre d'actions possédées ou représentées, puis le nombre de voix y étant attachées de chaque actionnaire présent, réputé présent (participation en ligne), représenté, ou ayant voté par correspondance, ainsi que de chaque mandataire (art. R. 225-95 al. 1^{er} C. com.). L'accès aux feuilles de présence des assemblées tenues au cours des trois derniers exercices sociaux est conféré à tout actionnaire et à toute époque (art. L. 225-117 C. com.), au siège social ou au lieu de la direction administrative (art. R. 225-92 C. com.). Il s'agit donc d'un droit d'information permanent. Grâce au décret de décembre 2011 relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés²⁵⁰, l'on sait que la feuille de présence est consultable « sous format papier, ou, le cas échéant, numérisé ou électronique » (art. R. 225-95 al. 2 C. com.). Or le même décret a maintenu la formulation de l'alinéa 2 de l'article R. 225-92 disposant que « le droit de prendre connaissance emporte le droit de prendre copie ». Partant, la nouvelle rédaction de la partie réglementaire du Code de commerce

²⁵⁰ Art. 6. D. n° 2011-1473 du 09.11.2011, JORF 10.11.2011, p. 18893.

autorise l'actionnaire à prendre copie de la feuille de présence sous format informatique. Pourtant, malgré ce maintien qualifié par certains de malheureux, l'ANSA considère que « cette disposition ne saurait en aucun cas permettre à un actionnaire – ou à son représentant, voire à son avocat en cas de contentieux – de prétendre sauvegarder l'ensemble du fichier des actionnaires sur un quelconque support informatique »²⁵¹. L'association dit d'ailleurs avoir défendu ce point auprès de la Chancellerie dans une note rédigée conjointement avec l'AFTI, l'AFEP, CCIP et le MEDEF « au stade de l'examen du projet de décret »²⁵², laissant penser, non sans finesse, à une inattention du rédacteur du décret.

2. Consultation de la liste des actionnaires

87. La liste des actionnaires est un document arrêté à J-16 contenant les nom, prénom et domicile de chaque titulaire d'actions nominatives, ainsi que le nombre d'actions dont chaque actionnaire est titulaire au porteur (art. R. 225-90 al. 2 C. com.). La liste des actionnaires est ainsi composée du registre des actionnaires au nominatif, et en aucun cas de la liste des actionnaires au porteur obtenue par une procédure TPI²⁵³. Tout actionnaire est ainsi autorisé à prendre connaissance ou copie de la liste au siège social dans les quinze jours précédant toute assemblée générale d'actionnaires (art. L. 225-116 et R. 225-90 C. com.). Il s'agit donc ici d'un droit d'information temporaire, préalable à la tenue d'une quelconque assemblée générale. Les textes ne précisent pas la forme de ce document. Le décret de décembre 2011 n'a pas ajouté de formulation permettant d'affirmer assurément que la liste des actionnaires peut être consultée, le cas échéant, sous format numérisé ou électronique. Si la simple consultation par voie électronique n'est pas garantie explicitement, il est clair que la prise de copie électronique pose problème. L'ANSA n'accepte ainsi que la copie manuscrite et la photocopie²⁵⁴.

3. Finalités de la consultation

88. La liste des actionnaires et la feuille de présence contiennent donc toutes les deux des informations personnelles sur les actionnaires. Mais ce sont deux documents différents aux finalités *a priori* distinctes. Selon l'ANSA, la liste de présence sert à « vérifier la régularité

²⁵¹ ANSA, n° 12-052, sept. 2012, p. 4 ; comm. ss art. R. 225-95 C. com., A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés*, Dalloz commenté, 2015.

²⁵² ANSA, *ibidem.* ; cf. ANSA, « Simplification du droit des sociétés », n° 11-017, 04.2011.

²⁵³ V. *infra*, « Titres au porteur identifiables », § 660.

²⁵⁴ ANSA, n° 12-052, sept. 2012, p. 1.

des assemblées (qualité d'actionnaire, quorum et majorité) », la liste des actionnaires à « permettre aux actionnaires de se regrouper le cas échéant en vue d'exercer leurs droits d'actionnaires (et notamment celui de déposer des projets de résolution) »²⁵⁵. En effet, la feuille de présence n'est complète et définitive qu'à la fin de l'assemblée, puisqu'il revient au bureau d'y noter l'arrivée et le départ d'actionnaires durant l'assemblée. C'est pour cela que le droit de communication de la feuille de présence des derniers exercices sociaux est accordé par la loi à toute époque, pour permettre de vérifier *a posteriori* la validité du vote. Par extension, plus pour des raisons de transparence que des raisons légales, la pratique s'est habituée à déposer la feuille de présence certifiée par le bureau à la fin du vote afin qu'elle puisse être examinée par les actionnaires. Par opposition, la liste des actionnaires est arrêtée à J-16. La prise de copie est autorisée dans les quinze jours précédant l'assemblée. Or les projets de résolution doivent parvenir à la société avant J-25 et dans les 20 jours suivant la publication ou l'envoi des convocations (art. R-225-73 C. com. pour les sociétés cotées, -72 pour les autres). La liste des actionnaires ne peut donc pas servir aux actionnaires à se regrouper pour proposer des projets de résolution ou inscrire des points à l'ordre du jour. Pour pouvoir prétendre à la finalité qu'on lui attribue, celle de permettre aux actionnaires de se regrouper en vue d'exercer leurs droits, la liste des actionnaires devrait être accessible au siège social ou au lieu de la direction administrative dès le lendemain de la publication ou de l'envoi des convocations. La liste serait ainsi arrêtée ce même jour, puis actualisée en toute transparence à J-2²⁵⁶. Aussi le bon sens impose-t-il la réécriture de l'article R-225-90 al. 1^{er} du Code de commerce.

89. Cette incohérence a tronqué l'importance pratique de la liste des actionnaires, et a fini par détourner le rôle original de la feuille de présence, qui présente plusieurs avantages. D'une part, la feuille de présence nomme tant les actionnaires au nominatif que les actionnaires au porteur. Elle rassemble donc l'actionnariat actif et intéressé par la marche de l'entreprise. D'autre part, sa prétendue accessibilité à toute époque l'a mise au centre de controverses, sur lesquelles il n'est pas nécessaire de revenir²⁵⁷, mais qui prouvent que l'intérêt pratique de la feuille de présence s'est déplacé pour devenir l'instrument à même de réunir les actionnaires.

²⁵⁵ ANSA, n° 09-034, juil. 2009.

²⁵⁶ Cf. D. n° 2014-1466 du 08.12.2014, v. *infra*, « Date d'enregistrement », § 338.

²⁵⁷ ANSA, « Un actionnaire peut-il obtenir communication de la feuille de présence de l'assemblée se tenant au cours de l'exercice et pour quelle utilisation ? », n° 08-021, 02.04.2008.

90. L'affaire suivante en est l'exemple : une association assurant, entre autre, la défense des porteurs de valeurs mobilières, avait tenté, en compagnie d'un associé²⁵⁸, d'obtenir communication de la feuille de présence d'une société²⁵⁹. Par l'intermédiaire d'une procédure en référé, cette dernière promet de s'exécuter, à la condition que l'association, éditrice d'une revue mensuelle du nom d'*Allo-défense*, ne communique pas la liste à des tiers. La société arguait qu'une telle publication par un tiers détournerait « l'objet propre du droit strictement personnel de communication et de copie reconnu à chaque associé ». Un des moyens soulevés par l'association consistait au contraire à affirmer que « la raison d'être de la communication de documents aux associés réside dans la possibilité pour eux d'entrer en rapport avec leurs coassociés afin d'échanger utilement des informations et de leur permettre de combattre éventuellement le caractère tendancieux des informations émanant des organes dirigeants de la société ». La Cour, qui ne la contredit pas sur ce point, souligne simplement que l'association est « dépourvue d'intérêt pécuniaire » dans la société, et qu'elle « ne prétend pas limiter ses informations aux seuls associés ». La Cour relève justement que « la mise à disposition de ces documents ne constituerait pour cette association qu'une simple commodité ». Sans cette commodité, poursuit-elle, l'information des associés est rendue « plus difficile, mais non impossible », puisque d'autres moyens s'offrent à eux.

B) Droit commun de l'article 9 C. civ.

91. Le droit au respect de la vie privée est mis en balance avec le droit d'information du public. En l'occurrence, la participation financière d'un individu dans une entreprise de droit privé, qui plus est dans une société dite anonyme, relève manifestement de la vie privée. Pour autant, la protection de cette information est tout sauf évidente. D'une part, ni l'accès aux informations réservées aux actionnaires ni leur diffusion ne posent de véritables difficultés. D'autre part, la défense juridique de l'actionnaire en cas de divulgation se révèle très aléatoire.

92. Premièrement, la participation financière d'un individu dans une société anonyme est *a priori* une information d'ordre purement patrimonial. Or l'on connaît les limites à la protection de ce type d'informations posées par les juridictions françaises et européennes.

²⁵⁸ Le décret n° 71-524 du 01.07.1971 en vigueur autorisait l'associé à être accompagné d'un tiers.

²⁵⁹ CA Paris, Laurent c/SCI la civile foncière 64 et autres, 25.01.1975, note D. SCHMIDT, *Rev. sociétés*, 1975, p. 303.

Une distinction y est faite entre les personnes que l'on considère appartenir à la vie publique et, par opposition, les personnes privées. Pour les personnes menant une vie publique, « le respect dû à la vie privée de chacun n'est pas atteint par la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial ne comportant [...] aucune allusion à la vie et à la personnalité de l'intéressé »²⁶⁰. Pour les personnes privées, le contexte de la divulgation est décisif. La Cour de cassation a ainsi jugé que la divulgation d'une information purement patrimoniale relative à une personne privée identifiée mais non connue du public, « dans le contexte de la polémique ainsi suscitée et relayée par les médias, participe de l'actualité économique et sociale des faits collectifs dans lesquels elle s'insère, et du droit du public à être informé sur ceux-ci »²⁶¹. Ainsi, la divulgation de la participation financière d'un individu dans une société ne bénéficie pas automatiquement de la protection de l'article 9 C. civ. C'est d'autant moins le cas dans l'hypothèse d'affaires financières largement médiatisées. Dans un domaine forgé par la jurisprudence sur le fondement de l'article 9 C. civ., une condamnation pour divulgation d'informations personnelles doit certes être appréciée *in concreto*. Pour autant, la Cour d'appel de Paris a estimé dans l'affaire précitée que « la mise à disposition du public des feuilles de présence sur lesquelles figurent l'identité des associés ne constitue pas une violation de l'intimité de ces derniers dans les termes de l'article 9 de code civil »²⁶².

93. Certes le droit à information de l'actionnaire n'est pas absolu. Le Professeur D. Schmidt précise que « l'intérêt social est la limite naturelle et nécessaire de ce droit ; l'associé peut certes exercer son droit à l'information dans son intérêt personnel, pourvu que cet intérêt ne soit pas recherché ou obtenu au détriment de la société »²⁶³. Les droits et intérêts des autres associés ne sont, quant à eux, pas évoqués.

Sur cette base incertaine, le comité juridique de l'ANSA admet qu'une « utilisation destinée à constituer un fichier d'actionnaires ne semble pas systématiquement répréhensible »²⁶⁴. L'avis est bien différent quand il est question d'un fichier informatique.

²⁶⁰ CEDH, 21.01.1999, *Fressoz c/ France* ; C. cass., 1^e civ., 28.05.1991, n° 89-19.818, Bull. 1991 I n° 173, p. 114.

²⁶¹ C. cass., 1^e civ., n° 06-18.448, 15.05.2007, note C. DELAPORTE-CARRE, « Vie privée et droit à l'information : divulgation nominative des salaires », *D.* 2007, p. 1603 ; J. HAUSER, « Les revenus et la vie privée », *RTD Civ.*, 2007, p. 546.

²⁶² CA Paris, *op. cit.* note 259.

²⁶³ D. SCHMIDT, *idem*, p. 308.

²⁶⁴ ANSA, *op. cit.* note 257, p. 7.

C) Loi « Informatique et Libertés »

94. La prise de copie de la liste des actionnaires et des feuilles de présence sous format électronique serait contraire à la loi « Informatique et Libertés » de 1978²⁶⁵. Soulevée par l'ANSA en 1995 puis reprise ces dernières années, cette crainte était en partie légitime avant la délibération n° 2006-138 de la CNIL²⁶⁶.

95. La loi « Informatique et Libertés » régit les traitements automatisés de données à caractère personnel, ainsi que les traitements non automatisés de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans des fichiers (art. 2 loi 1978). Seules les sociétés émettrices d'actions nominatives cotées sont susceptibles de disposer d'un traitement automatisé de la liste des actionnaires, qui sera en général géré par un prestataire de services, tel qu'une filiale d'un établissement financier. Les autres sociétés enregistrent les informations personnelles relatives à leurs actionnaires manuellement dans un registre, dont elles sont responsables (art. L. 211-3 C. mon. fin.), consistant (*a priori* aujourd'hui) en un fichier informatique. Quant à la feuille de présence, elle sera éventuellement traitée de manière automatisée dans les grandes sociétés bénéficiant des services d'un centralisateur d'assemblée, mais de manière individuelle et *a priori* sur format informatique dans les autres sociétés.

96. Par principe, les traitements de données à caractère personnel doivent faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL. Par dérogation, « les traitements ayant pour seul objet la tenue d'un registre qui, en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, est destiné exclusivement à l'information du public et est ouvert à la consultation de celui-ci ou de toute personne justifiant d'un intérêt légitime », ne sont pas soumis à une telle obligation de déclaration préalable (art. 22 II 1° loi 1978). De plus, la CNIL peut définir « les catégories les plus courantes de traitements de données à caractère personnel, dont la mise en œuvre n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés » (art. 24 I loi 1978) qui, « compte tenu de leurs finalités, de leurs destinataires ou catégories de destinataires, des données à caractère personnel traitées, de la durée de conservation de celles-ci et des catégories de personnes concernées, sont dispensées de déclaration » (art. 24 II loi 1978).

²⁶⁵ Loi n° 78-17 du 06.01.1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

²⁶⁶ CNIL, « Dispense n° 7 - Délibération n° 2006-138 du 09.05.2006 décidant de la dispense de déclaration des traitements constitués à des fins d'information ou de communication externe », JO n° 128, 03.06.2006.

Ainsi, par une délibération de 2006, la Commission dispensa de déclaration les traitements courants constitués à des fins d'information ou de communication externe comportant des données sur des personnes physiques, car « ne paraissant pas susceptibles de porter atteinte à la vie privée des personnes dans le cadre de leur utilisation régulière »²⁶⁷. Cette dispense libéra les sociétés anonymes de l'obligation de déclaration préalable à la constitution de la liste des actionnaires ou de la feuille de présence. Elle leur impose toutefois de procéder à une « utilisation régulière » des fichiers. La loi « Informatique et Libertés » s'oppose-t-elle alors à la copie par voie électronique de ces documents ? Dans son énumération des opérations constitutives d'un traitement de données, l'article 2 al. 3 de la loi « Informatique et Libertés » cite explicitement « la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion ». Ces opérations ne constituent donc pas une utilisation anormale des informations. Parallèlement, le Code de commerce ordonne aux sociétés de mettre à disposition des actionnaires le requérant la liste des actionnaires et les feuilles de présence afin d'en prendre copie, après en avoir éventuellement pris connaissance sur format électronique. Ce faisceau de dispositions ne laisse aucun doute quant à la légalité de la communication à l'actionnaire par voie électronique de la liste des actionnaires et des feuilles de présence.

97. L'actionnaire est-il pour autant libéré de toute obligation ? Considérant que le traitement par un actionnaire de données à caractère personnel ne répond pas aux conditions des dérogations précitées, l'ANSA estime que la loi « Informatique et Libertés » s'applique « pleinement à lui »²⁶⁸. Sur la base de cette interprétation, la note de l'ANSA énumère l'ensemble des contraintes auxquelles l'actionnaire doit se soumettre pour satisfaire aux exigences de ladite loi avant de pouvoir prétendre procéder au traitement informatique des informations personnelles issues de la liste des actionnaires ou d'une feuille de présence. Ces conditions – effectivement contraignantes – ayant peu de chance d'être respectées par l'actionnaire individuel (déclaration à la CNIL, accord des personnes concernées, intérêt et finalités légitimes à défaut de base légale ou réglementaire), elle conclut que la communication par voie électronique de ces documents est à proscrire.

Or la loi « Informatique et Libertés » dispose clairement que le traitement « mis en œuvre pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles » n'entre pas dans le champ d'application de la loi (art. 2 loi 1978). Le traitement des informations implique « notamment

²⁶⁷ *Ibidem.*

²⁶⁸ ANSA, n° 12-052, sept. 2012, p. 2.

la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion ». Ainsi, aucune de ces manipulations effectuées à des fins exclusivement personnelles par un actionnaire particulier sur des informations légitimement obtenues au siège social de la société ou par voie électronique, telles que celles issues de la liste des actionnaires ou d'une feuille de présence, n'entre dans le champ d'application de la loi « Informatique et Libertés ». Un actionnaire peut très bien souhaiter tenir un fichier informatique afin de mesurer l'évolution du poids de son vote en assemblée dans le temps au regard, d'une part, des quorums atteints lors des assemblées précédentes et, d'autre part, des droits de vote d'autres actionnaires.

Qu'en est-il si l'actionnaire cherche à contacter d'autres actionnaires grâce aux informations personnelles de la liste ou de la feuille afin d'exercer des droits en commun ? L'on pourrait en effet considérer que la prise de contact avec d'autres actionnaires dépasse *per se* l'utilisation exclusivement personnelle des informations. L'on ne peut pas exclure que lors de leurs échanges, les actionnaires évoquent les noms et nombres de voix d'autres actionnaires cités sur ces listes. Une interprétation intermédiaire consisterait à dire qu'*a priori*, tant que l'actionnaire ne partage pas les informations, il faut considérer qu'il fait une utilisation personnelle et qu'il reste hors champ d'application de la loi. Si, afin de rassembler des actionnaires en vue d'exercer un droit particulier en commun, un actionnaire individuel ayant reçu communication de la liste des actionnaires ou d'une feuille de présence, procède à un envoi de groupe par message électronique, il devrait prendre soin de masquer les adresses électroniques et les noms des destinataires, afin que ces derniers ne puissent pas prendre connaissance d'autres noms que celui de l'expéditeur. L'actionnaire devrait ainsi prendre garde de ne pas communiquer le contenu – intégral ou même partiel – des documents.

Or ces interprétations, aussi séduisantes soient-elles, ne sont pas satisfaisantes. Il est de l'essence même du droit de l'actionnaire de prendre connaissance de ces informations et de contacter d'autres actionnaires pour exercer des droits en commun, pour discuter des forces et faiblesses de leurs positions par rapport à d'autres actionnaires.

98. Il ne faut pas toutefois se méprendre sur les conséquences de cette dernière interprétation. Elle ne constitue pas une carte blanche pour user et abuser des informations. Le droit à l'information n'est pas absolu et les moyens d'y accéder sont clairement définis par la partie réglementaire du Code de commerce. Le partage d'informations à caractère personnel

s'inscrit dans une relation bilatérale entre l'actionnaire individuel et la société. Il constitue en effet « une dérogation au caractère privé des documents sociaux »²⁶⁹. Un partage « horizontal » entre actionnaires n'est pas envisagé par cette dérogation et n'est donc en principe pas autorisé. La publication par un tiers encore moins : comme l'évoquait la Cour d'appel de Paris dans l'affaire précitée²⁷⁰, « quelle que soit l'utilité de l'objectif de l'association, celle-ci ne suffit pas à conférer à cette dernière le droit d'obtenir et d'user d'informations que la loi réserve aux associés ». La Cour relevait en 1975 que le partage des informations personnelles est « susceptible de revêtir, à l'égard des associés comme des sociétés, le caractère d'une divulgation constitutive d'un abus de droit »²⁷¹.

Certes l'information sous format numérique est aisément publiable ou partageable en ligne. Cette particularité ne justifie toutefois pas le rejet de la communication électronique.

§ 2 - Droit allemand

99. La pratique allemande a fait évoluer le droit sur les obligations de dépôt des documents sociaux à mettre à la disposition des actionnaires en période d'assemblée (I). Parallèlement, en modifiant les modalités d'accès au registre des actionnaires et à la feuille de présence, les rôles reconnus à ces documents évoluent (II), rappelant ainsi que les modalités d'exercice d'un droit ont une influence sur la substance de ce droit, comme nous le verrons en étudiant les modalités d'accès à la liste de présence de droit allemand (III).

I - La suppression du dépôt des documents sociaux

100. Dès la convocation de l'assemblée générale annuelle, les comptes annuels, les comptes consolidés, le rapport de gestion, le rapport du conseil de surveillance et la répartition des bénéfices proposée par le directoire doivent être déposés dans les locaux de la direction administrative de la société aux fins de consultation par les actionnaires (§ 175 II AktG). Le lieu en question n'est pas nécessairement celui du siège social, mais l'adresse de la société la plus connue, en général le lieu de l'administration centrale²⁷².

²⁶⁹ CA Paris, *op. cit.* note 259.

²⁷⁰ *Ibidem.*

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² J. HENNRICH, M. PÖSCHKE, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 175 AktG », n° 30, p. 1339.

Cette obligation disparaît lorsque les documents présentés à l'assemblée sont accessibles sur le site internet de la société entre le moment de la convocation et la réunion de l'assemblée (§ 175 II 4 AktG). C'est par la loi relative au registre du commerce électronique de 2006 que cette particularité fut introduite²⁷³. Ne relevant pas de son objet, le projet de loi ne la prévoyait pas. Elle fut insérée par une commission parlementaire sur demande de la pratique. Les raisons invoquées sont de plusieurs ordres²⁷⁴. Premièrement, d'après les sociétés, les actionnaires ne se déplacent pas pour aller consulter les documents sociaux dans les locaux de la direction. Deuxièmement, les coûts liés à l'organisation peuvent être amoindris²⁷⁵. Troisièmement, une alternative doit être proposée aux sociétés afin d'informer efficacement leurs actionnaires. Sous prétexte de mieux informer les actionnaires, la commission ne se cache pas d'indiquer qu'il s'agit surtout d'une mesure de simplification des formalités juridiques à l'encontre de la « bureaucratie » (*Bürokratieabbau*). Bien accueillie, la disposition affine les possibilités d'information des actionnaires, tout en laissant à la société les moyens de parvenir à cette fin, au regard du degré de transparence souhaité à l'égard du public²⁷⁶.

Les sociétés par actions cotées de droit allemand ne sont ainsi plus contraintes de déposer les documents sociaux dans les locaux de la direction ou du siège social. Seules 10 des 30 sociétés composant l'indice DAX précisaient encore en 2012 déposer lesdits documents dans les locaux de la direction²⁷⁷. Dans ces cas, la société supporte les frais de copie ou d'impression des documents exigés par l'actionnaire²⁷⁸. En toute hypothèse, les convocations aux assemblées font référence au site internet de la société où l'actionnaire peut accéder aux documents.

²⁷³ A. 9 n° 8a, Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG), 10.11.2006, BGBl. I, p. 2553.

²⁷⁴ BT, 6. RA, Beschlussempfehlung und Bericht zum RegE EHUG, BT-Drs. 16/2781, 27.09.2006, p. 88.

²⁷⁵ U. HÜFFER, *Aktiengesetz*, C.H. Beck, 11^e éd., 2014, « § 175 AktG », § 6 ; mais si aucun actionnaire ne se présente en pratique, l'on est en droit de se demander de quels coûts il est ici question, l'accueil des locaux de la direction étant *a priori* ouvert quoi qu'il en soit.

²⁷⁶ Notons que le public est déjà informé dans le cas des sociétés cotées. Celles-ci sont en effet contraintes de publier les documents en question sur leur site internet en vertu du § 124a AktG « peu après la convocation ». La publication évoquée au § 175 II 4 AktG doit être permanente entre le moment de la convocation et la réunion ; v. *infra*, « Publication sur le site de la société », n° 118.

²⁷⁷ C. WETTICH, « Aktuelle Entwicklungen und Trends in der Hauptversammlungssaison 2012 und Ausblick auf 2013 », *AG*, 2012, p. 731.

²⁷⁸ T. DRYGALA, in K. SCHMIDT, M. LUTTER, *Aktiengesetz Kommentar*, Schmidt, 2^e éd., 2010, « § 175 AktG », § 9, p. 2265 ; J. HENNRICH, M. PÖSCHKE, *op. cit.* note 272, « § 175 AktG », § 37, p. 1340 ; U. HÜFFER, *op. cit.* note 275, « § 175 AktG », § 6.

II - La redéfinition des rôles reconnus au registre des actionnaires et à la feuille de présence

101. En pratique, le registre des actionnaires (*Aktienregister*) est généralement tenu informatiquement par un prestataire de services mandaté par les sociétés par actions. Ces entreprises ne sont autres que des filiales de banques et intermédiaires financiers. Les informations leurs sont transmises par voie électronique par le dépositaire central, en l'occurrence la Clearstream Banking AG.

Le droit d'accès au registre des actionnaires a été recentré en 2001. Le public n'a plus à fouiller dans des documents d'ordre interne anciennement déposés au registre du commerce. Ainsi, si la législation antérieure à la NaStraG de 2001 autorisait chaque actionnaire – au nominatif mais aussi au porteur²⁷⁹ – à consulter l'intégralité de la liste des actionnaires, ce droit est depuis limité aux seules informations personnelles de l'actionnaire au nominatif demandeur (§ 67 VI AktG). Dans les sociétés cotées, seuls la direction administrative et l'actionnaire peuvent ainsi consulter les informations concernant ce dernier et enregistrées dans le registre. Dans le silence de la loi et des statuts, la consultation du registre des actionnaires aura lieu au siège social ou dans les locaux de la direction administrative de la société. En plus de la consultation par téléphone, le gouvernement évoqua en 2001 la possibilité de permettre « à l'avenir » la consultation par internet grâce, par exemple, à un numéro d'identification ou d'actionnaire et un mot de passe²⁸⁰. Le vocabulaire employé a même été aménagé pour permettre une consultation à distance²⁸¹. Ainsi, il n'y a aucun doute que l'actionnaire puisse requérir que les informations lui soient transmises sur demande, sur papier ou par voie électronique. Contrairement à ce que certains requéraient à l'époque de l'étude de la loi, un document signé électroniquement n'est pas nécessaire²⁸².

L'intérêt supérieur invoqué pour ce changement de cap relève de la protection des données personnelles. Sur ce thème, d'aucuns considérèrent, à la lecture du premier projet de loi de NaStraG, que l'inscription de ce nouveau droit de consultation dans l'*Aktiengesetz* n'était pas même utile, car d'une certaine façon redondant. Le § 34 I *Bundesdatenschutzgesetz* (loi fédérale sur la protection des données - BDSG) autorise en effet déjà chaque individu à

²⁷⁹ W. BAYER, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 1, 3^e éd., 2008, « § 67 AktG », § 129.

²⁸⁰ RegE NaStraG, BT-Drs. 14/4051, p. 11.

²⁸¹ Alors que l'ancien texte parlait de consultation, d'examen (*Einsicht*), il est aujourd'hui question au § 67 VI AktG de renseignement (*Auskunft geben*) ; U. NOACK, « Neues Recht für die Namensaktie – Zum RefE eines NaStraG », *ZIP*, 1999, n° 48, p. 1998 ; I. SAENGER, « Einführung zum NaStraG - Auskunftsanspruch des Namensaktionärs », *Namensaktiengesetz*, Nomos, 1^e éd., 2001.

²⁸² U. NOACK, *ibidem* : « digital signierte Datei » ; I. SAENGER, *ibidem*.

consulter les données personnelles enregistrées par un organisme, même si l'enregistrement des données n'a pas lieu de manière automatisée ou informatique²⁸³.

102. En théorie comme en pratique, l'utilité de la consultation de l'ensemble du registre des actionnaires est de deux ordres. Premièrement, elle permet de s'informer sur la répartition du capital et des droits de vote. Secondement, la consultation permet de prendre contact avec d'autres actionnaires afin de réunir les quorums nécessaires à l'exercice d'un droit particulier, tel que l'ajout de points ou de projets de résolution à l'ordre du jour.

Le gouvernement, n'hésitant pas à parler de modernisation²⁸⁴, considère que la loi garantit suffisamment d'informations sur la répartition du capital de la société²⁸⁵. D'une part, le public doit se satisfaire des déclarations de franchissement de seuil du § 20 AktG et du § 21 de la loi sur le commerce des valeurs mobilières (WpHG)²⁸⁶. Or le WpHG s'applique aux sociétés cotées. En réponse à la critique du premier projet de loi, le § 67 VI 2 AktG incorpore un tempérament à la nouvelle règle : les statuts des sociétés non cotées peuvent autoriser les actionnaires à accéder à la liste. Cette mesure a pour objectif de garantir aux sociétés de taille modeste une transparence sur la répartition des droits de vote, ces derniers ne faisant pas l'objet d'une déclaration de franchissement de seuil²⁸⁷. D'autre part, le § 810 BGB confère un droit de consultation à chaque personne prouvant l'existence d'un intérêt légitime. Ce droit ne saurait toutefois être étendu à la consultation de l'ensemble du registre mais concernera généralement les informations relatives à un actionnaire individuel.

103. Quant à la consultation du registre afin de contacter et rassembler les actionnaires, notamment en ligne, en vue de l'exercice en commun de droits préalablement à l'assemblée, cette fonction est déléguée à la liste de présence durant l'assemblée générale (« *Verzeichnis der Teilnehmer* »)²⁸⁸ et dans les deux ans suivant l'assemblée (§ 129 IV 2 AktG). Rappelons que selon le point de vue encore un peu rigide de la pratique et de la doctrine françaises, la consultation de la liste des actionnaires sert aux actionnaires à prendre contact entre eux, alors

²⁸³ U. NOACK, *ibid.*

²⁸⁴ RegE NaStraG, BT-Drs. 14/4051, p. 1.

²⁸⁵ *Idem*, p. 11.

²⁸⁶ Satisfaits en ce sens : U. NOACK, *op. cit.* note 281, p. 1997 ; U. NOACK, « Die Namensaktie – Dörrröschen erwacht », *DB* 1999, n° 25, p. 1307 ; G. SPINDLER, « Internet und Corporate Governance - ein neuer virtueller (T)Raum? », *ZGR* 2000, p. 424 ; U. HÜFFER, *op. cit.* note 275, « § 67 AktG », § 28 ; A. CAHN, *in* G. SPINDLER, E. STILZ, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2010, « § 67 AktG », § 106.

²⁸⁷ W. BAYER, *op. cit.* note 279, « § 21 WpHG », § 3.

²⁸⁸ Au grand dam de nombreux auteurs, U. NOACK, « Namensaktie und Aktienregister : Einsatz für Investor Relations und Produktmarketing », *DB*, 2001/1, p. 27 ; M. HÜTHER, « Namensaktien, Internet und die Zukunft der Stimmrechtsvertretung », *AG*, 2001, p. 75.

que la consultation de la liste de présence sert à vérifier la réunion des différents quorums lors de l'assemblée.

III - L'accès à la liste de présence

104. Tout comme en droit français, l'accès à la liste de présence comporte deux volets. Le premier relève de la consultation durant l'assemblée (A). Le § 129 IV 1 AktG dispose que la feuille de présence doit être mise à la disposition de tous les participants avant le premier vote. Le second volet, inséré en 2001, concerne le droit permanent de consultation des listes de présence des deux exercices précédents (B). Plus précisément, le § 129 IV 2 AktG confère le droit à chaque actionnaire de consulter la feuille de présence dans les deux années suivant l'assemblée. Dans les deux hypothèses, la loi ne donne aucune indication sur le lieu et sur la forme de la consultation. Elle l'a fait cependant comprendre par une modification législative de 2001 (NaStraG²⁸⁹), en supprimant certaines obligations de formes liées à la procédure papier. Ces mesures furent qualifiées par le Professeur G. Spindler de « premier pas, bien que très petit, en direction d'une assemblée générale virtuelle »²⁹⁰.

A) Durant l'assemblée générale

105. Premièrement, la disposition contestée obligeant le président de l'assemblée à contresigner la liste de présence fut abrogée (anc. § 129 IV 2 AktG). Cette abrogation signe à elle seule la fin de l'obligation de tenue de la liste sous forme manuscrite.

Deuxièmement, une modification de vocabulaire change l'obligation « d'exposer » la liste de présence afin d'être examinée, en obligation d'y « donner accès ». Le législateur estima en effet que le dépôt, « l'exposition » (*Auslegung*) de la liste, qui suppose d'après lui un document papier, n'est plus en accord avec son temps. Au regard des milliers de points pouvant composer la liste ainsi que de son actualisation permanente durant l'assemblée (entrée et sortie des actionnaires), le gouvernement proposa même que cette liste soit « affichée de préférence sur plusieurs écrans dans la salle de la réunion »²⁹¹. La doctrine s'accorde à dire que la consultation doit être garantie à tout moment durant l'assemblée, et

²⁸⁹ Art. 1 n° 11 d NaStraG, 18.01.2001, BGBl. I, p. 123.

²⁹⁰ G. SPINDLER, « Internet und Corporate Governance - ein neuer virtueller (T)Raum? », ZGR 2000, p. 432.

²⁹¹ RegE NaStraG, BT-Drs. 14/4051, p. 14.

que si les écrans répondent à cette condition, il n'est pas nécessaire de mettre en plus une version papier de la liste à la disposition des actionnaires²⁹².

Troisièmement, la liste de présence ne fait plus partie des documents à annexer au procès-verbal de l'assemblée lors de son dépôt au registre du commerce (§ 130 III AktG). Le législateur de l'époque considéra que, en plus d'être trop volumineuse (et donc trop coûteuse) pour être annexée systématiquement, la liste de présence constitue un document interne ne présentant aucun lien avec le régime de publicité du registre du commerce²⁹³. Cet argument en faveur du caractère privé de la feuille de présence n'est pas inintéressant. Il ne fait cependant pas écho à la protection de la vie privée des actionnaires, mais plutôt au secret interne, à la vie de la société. Le droit de consultation durant l'assemblée est conféré « à tous les participants », c'est-à-dire aux actionnaires présents, à ceux participant en ligne en direct à l'assemblée (*Online-Teilnehmer*)²⁹⁴, aux représentants d'actionnaires, aux commissaires aux comptes, aux membres du directoire et du conseil de surveillance, ainsi qu'au président et au notaire de l'assemblée. La coutume exige du président de l'assemblée qu'il précise oralement aux participants où la feuille de présence peut être consultée. Les invités, en revanche, telles que les personnes accompagnatrices ou la presse, ne sont pas autorisés à consulter la feuille de présence sans autorisation expresse du président de l'assemblée²⁹⁵. Or la sanction judiciaire de la privation injustifiée du droit de consultation n'est autre que la nullité des résolutions prises postérieurement à la décision en ce sens du président de l'assemblée. Aussi les commentateurs recommandent-ils vivement à ce dernier d'avoir la main large sur ses autorisations de consultation²⁹⁶. Certains s'interrogent sur l'opportunité de ce nouvel accès quasi-généralisé à la liste de présence, du moins dans les grandes sociétés, au moment même où fut renforcé l'anonymat du registre des actionnaires (*Aktienregister*)²⁹⁷.

²⁹² D. KUBIS, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 129 AktG », § 21.

²⁹³ RegE NaStraG, BT-Drs. 14/4051, p. 14.

²⁹⁴ Et non à ceux votant par correspondance, comme se plaisent à souligner les commentateurs. Cela n'a pourtant rien d'étonnant, puisqu'ayant voté à distance, ils ne seront *a priori* pas présent à l'assemblée et ne demanderont donc pas à consulter la feuille de présence avant les premiers votes, comme le permet en théorie le § 139 IV 1 AktG ; v. *infra*, « Présence et participation, liste de présence et liste des participants », § 562. ; M. ARNOLD, P. S. CARL, C. GÖTZE, « Aktuelle Fragen bei der Durchführung der Hauptversammlung », *AG*, 2011, p. 352.

²⁹⁵ D. KUBIS, *op. cit.* note 292, « § 129 AktG », § 37.

²⁹⁶ *Ibidem* ; en toute hypothèse, comment l'examen de la liste pourrait-il être refusé à ces personnes si cette liste est diffusée sur des écrans dans la salle de réunion ?

²⁹⁷ U. NOACK, *op. cit.* note 281, p. 1997 ; G. SPINDLER, *op. cit.* note 286, p. 433 ; avant la NaStraG de 2001, le § 67 V AktG permettait à chaque actionnaire possédant au moins une action de consulter l'intégralité du registre des actionnaires ; critique sur l'ancienne législation U. NOACK, « Die Namensaktie – Dörrröschen erwacht », *DB*, 1999, n° 25, p. 1307.

B) Après l'assemblée générale

106. La consultation indépendante de l'assemblée générale, dans un délai de deux ans, est explicitement réservée aux actionnaires. Cette mesure, introduite en 2001, est en effet considérée comme une compensation au retrait de la liste de présence des documents à publier au registre du commerce après l'assemblée²⁹⁸. Il est en effet permis d'analyser cette opération comme un recentrage des droits de l'actionnaire. Ce rééquilibrage n'a pas été sans soulever l'inquiétude d'une partie éclairée de la doctrine, qui s'interrogea sur les risques de ne plus trouver la liste de présence que dans les locaux de la société. Cette crainte fut exprimée au regard, d'une part, de la facilité avec laquelle une telle liste peut être manipulée et, d'autre part, des importants intérêts en jeu en cas d'action en nullité des résolutions par un actionnaire²⁹⁹.

Le droit de consultation est conféré aux personnes actionnaires au moment de la demande, voire plus précisément au moment de la consultation. La preuve de la qualité d'actionnaire résulte soit d'une attestation de dépôt chez un intermédiaire financier, soit du registre des actionnaires pour les actionnaires au nominatif. La consultation est aussi unanimement permise aux actionnaires ayant participé à l'assemblée dont ils demandent la liste de présence, indépendamment du fait qu'ils aient ou non gardé la qualité d'actionnaire³⁰⁰. La preuve du droit d'accès au document résulterait alors de l'inscription du nom de l'actionnaire sur la liste de présence d'une des deux précédentes assemblées³⁰¹.

Dans le silence de la loi, la doctrine pose comme lieu de consultation le siège de la société ou les locaux de la direction administrative aux heures d'ouverture communes³⁰². Là, la consultation peut avoir lieu sur des écrans d'ordinateurs³⁰³. Une partie de la doctrine estime que si la société ne propose qu'un document papier dans ses locaux, les actionnaires ayant voté en ligne « doivent s'en arranger »³⁰⁴. Le législateur précise enfin clairement dans les motivations de la NaStraG que si l'actionnaire exige un exemplaire papier de la liste de

²⁹⁸ F. DRINHAUSEN, in W. HÖLTERS, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2014, « § 129 AktG », § 31.

²⁹⁹ U. Noack, « Online-Hauptversammlung - Stand der Dinge und wichtige Reformvorschläge », *NZG* 2001, p. 1063.

³⁰⁰ D. KUBIS, *op. cit.* note 292, « § 129 AktG », § 42 ; suivi par F. DRINHAUSEN, *loc. cit.* note 298 ; H. WICKE, in G. SPINDLER, E. STILZ, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2010, « § 129 AktG », § 34.

³⁰¹ Si son nom n'y est pas inscrit, pour quelque raison que ce soit, la situation devient paradoxale, puisqu'il ne pourra pas consulter la liste et ses moyens pour prouver sa présence à l'assemblée ainsi que sa participation au vote seront limités.

³⁰² H. WICKE, *ibidem* ; suivi par T. LIEBSCHER, in M. HENSSLER, L. STROHN, *Gesellschaftsrecht*, 2^e éd., 2014, « § 129 AktG », § 19.

³⁰³ RegE NaStraG, BT-Drs. 14/4051, p. 15.

³⁰⁴ D. KUBIS, *op. cit.* note 292, « § 129 AktG », § 42, note 130.

présence, notamment aux fins de contestation, la société doit le lui fournir³⁰⁵. Cette formulation ne laisse aucun doute sur la possibilité de prendre copie de la liste sur un support informatique. Cela vaut *a priori* uniquement pour la consultation dans les deux ans, et non durant l'assemblée. Pour certains, ce droit de copie est une relique du droit de copie des documents déposés aux registres du commerce du § 9 IV HGB (anc. § 9 II 1 AktG), dont la liste de présence faisait partie avant la NaStraG de 2001³⁰⁶. Il s'agirait d'une compensation de la perte de ce droit³⁰⁷, voire une application par analogie³⁰⁸ – méthode dont les juristes allemands ne se privent pas. De même que la copie des documents du registre du commerce, la copie ou l'impression de la liste de présence dans les locaux de la société est unanimement considérée comme à la charge de l'actionnaire. Se citant tous les uns les autres réciproquement, les commentateurs évoquent une application par analogie du § 811 II BGB (droit des obligations) qui dispose que celui qui requiert de consulter une chose ou un document en vertu d'un intérêt légitime supporte les coûts de la consultation. Certains évoquent, entre parenthèses, une limite des coûts de copie et d'impression en s'inspirant du § 136 II KostO relatif aux coûts de copie et d'impression de documents aux mains des juridictions de droit commun³⁰⁹. Parallèlement, le § 136 III KostO pose un coût de 2,5 € pour la mise à disposition (*Überlassung*) d'un document électronique.

Une application par analogie de ces articles n'a aucune justification juridique et met à mal la relation entre direction et actionnaires. La société anonyme est un instrument de droit privé et ne peut pas être comparée, de près ou de loin, à une juridiction. Il est évident que le justiciable doit subvenir aux frais de justice qu'il provoque, de même qu'il devait payer pour obtenir copie de documents déposés au registre du commerce, dispositif dépendant de l'organisation juridictionnelle. N'importe qui pouvait d'ailleurs demander copie de ces documents. Il est en revanche insensé de demander 2,5 € aux quelques actionnaires faisant l'effort de se déplacer aux locaux de la direction de la société, notamment lorsque la mise à disposition sur écran ne suppose aucune dépense particulière pour la société. Les frais de gestion de la récolte seraient bien plus importants que les revenus obtenus grâce aux rares consultations de la liste de présence. Cette mesure n'a donc aucune justification budgétaire, d'autant plus qu'un « service relations actionnaires » est mis en place par les sociétés pour faire face à ce genre de demandes. Faire payer la liste de présence à l'actionnaire est enfin

³⁰⁵ RegE NaStraG, BT-Drs. 14/4051, p. 15.

³⁰⁶ F. DRINHAUSEN, *loc. cit.* note 298 ; H. WICKE, *loc. cit.* note 300.

³⁰⁷ D. KUBIS, *loc. cit.* note 304.

³⁰⁸ U. HÜFFER, *op. cit.* note 275 « 129 AktG », § 14.

³⁰⁹ D. KUBIS, *op. cit.* note 292, « § 129 AktG », § 42.

d'autant plus ridicule que les autres documents sociaux mis à la disposition des actionnaires en vertu du § 175 II AktG sont à distribuer gratuitement. La loi a changé, l'on ne peut plus invoquer comme seul argument la continuité, le *statu quo*³¹⁰.

107. Les changements des procédures d'accès aux informations touchent aussi à l'essence des différentes expressions du droit à l'information. La diffusion en ligne d'informations sur ordre de la loi ou du règlement est moins problématique en ce qu'elle laisse *a priori* moins place à l'interprétation.

SECTION 2 - LA DIFFUSION SUR INTERNET DE LA CONVOCATION ET DES INFORMATIONS AFFÉRENTES À L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES ACTIONNAIRES

108. En 2005, le rapport de l'AMF dirigé par M. Y. Mansion³¹¹ relevait que trois quarts des sociétés composant l'indice CAC 40 publiaient l'avis de convocation et l'avis de réunion avec les projets de résolution sur leur site internet. Le rapport préconisait ainsi de « systématiser la mise sous format électronique sur le site de la société des informations relatives aux assemblées générales, afin d'accélérer la circulation de l'information ». Une recommandation conséquente invitait à imposer aux sociétés cotées la mise en ligne sur leur site internet de « la documentation légale relative à l'assemblée générale telle qu'elle est simultanément publiée au BALO ». Le parallélisme est un gage d'intégrité. Il n'emporte pas de surcoûts particuliers pour la société et n'augmente pas les risques d'irrégularité de la convocation de manière disproportionnée. Il aura toutefois fallu attendre la directive européenne du 11 juillet 2007 relative aux droits des actionnaires des sociétés cotées pour que la publication sur le site internet des sociétés « accompagne » les obligations légales de diffusion déjà existantes, en France comme en Allemagne³¹².

³¹⁰ « *Dabei anfallende Kosten sind wie bisher von den Aktionären zu tragen.* » in, U. HÜFFER, *op. cit.* note 275, « § 129 AktG », § 14.

³¹¹ AMF, *Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France*, Rapport Y. MANSION (dir.), 06.09.2005, p. 19.

³¹² Le champ d'application des dispositions françaises relatives à la diffusion de la convocation est obscurci par quelques particularités, dont certaines avaient pourtant pour ambition la simplification du droit des sociétés. Ces dispositions évoquent, tantôt isolément, tantôt conjointement, les sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé et celles dont les actions ne revêtent pas toutes la forme nominative ; v. Glossaire, § 696. Si

109. L'article 5 § 2 al. 1 de la directive « actionnaires » invite à ce que la société soit « tenue d'émettre la convocation [...] de telle manière qu'il soit possible d'y accéder rapidement de manière non discriminatoire ». La directive exige que la société « recoure à des médias dont on puisse raisonnablement attendre une diffusion efficace des informations auprès du public dans l'ensemble de la Communauté », tout en indiquant que « l'État membre ne peut imposer de recourir uniquement à des médias dont les opérateurs sont établis sur son territoire ». Ces dispositions, qui ne valent que pour les sociétés qui ne connaissent pas l'identité de l'ensemble de leurs actionnaires, sont plus qu'un simple clin d'œil aux formulations de la directive 2004/109 CE. En effet, l'article 21 de la directive « transparence » relatif à l'accès des investisseurs aux informations réglementées impose aux États de veiller à ce que l'émetteur publie ces informations « de sorte qu'il soit possible d'y accéder rapidement et selon des modalités non discriminatoires ». De même, les émetteurs doivent être amenés à recourir « à des médias dont on puisse raisonnablement attendre une diffusion efficace des informations auprès du public dans l'ensemble de la Communauté »³¹³. Certes la convocation à l'assemblée générale, bien que faisant l'objet d'un régime juridique particulier, n'est pas une « information réglementée » au sens du droit dérivé européen et du Règlement général de l'AMF. Si ces textes évoquent parfois la convocation à l'AG, c'est pour donner une indication de nature temporelle³¹⁴. Même si les objets des directives sont autres, le mimétisme dans la formulation retenue autorise à s'inspirer de la notion de médias retenue dans la directive « transparence » plus ancienne³¹⁵.

Si la directive « actionnaires » ne donne pas plus d'informations sur la notion de « médias » que celles relevées dans son considérant n° 6³¹⁶, la directive « transparence » est

le droit allemand ne connaît que l'expression « *Einberufung* » à l'instar de la directive européenne, le droit français distingue depuis 1967 « l'avis de réunion » de « l'avis de convocation » ; v. Glossaire, § 667.

³¹³ Le § 4 de l'article 21 dir. « Transparence » invitait la Commission européenne à définir les mesures d'exécution de cette mesure, « afin de tenir compte de l'évolution technique des marchés financiers et des progrès des technologies de l'information et des télécommunications ». La Commission s'exécuta dans une directive 2007/14/CE du 8 mars 2007 (dir. n° 2007/14/CE du 08.03.2007 portant modalités d'exécution de certaines dispositions de la dir. 2004/109/CE) mais se contenta, à l'article 12, de dire que l'information réglementée doit être diffusée « de manière à ce qu'elle puissent atteindre le plus large public possible dans un laps de temps aussi court entre leurs diffusions » dans les différents États membres, et précisa la procédure à suivre lorsque l'information est diffusée à travers un média. Le considérant n° 17 de directive de 2007 cite plus explicitement le « droit des États membres de demander aux émetteurs de publier [...] les informations réglementées sur leur propre site web ou d'autres sites web accessibles aux investisseurs ».

³¹⁴ Ex. art. 19 § 1 al. 2 dir. « Transparence » : « Cette communication a lieu sans délai, et au plus tard à la date de la convocation de l'assemblée générale... » ; art. 223-19 Rg. AMF.

³¹⁵ F. OCHMANN, *Die Aktionärsrechte-Richtlinie*, De Gruyter, 2010, p. 53.

³¹⁶ Les conseils les plus directs seront en effet encore ceux énoncés dans ce considérant, dans lequel la directive « actionnaires » énonçait qu'« il convient d'exploiter les possibilités qu'offrent les nouvelles technologies

en effet plus explicite. Son article 19 §1 dispose que « chaque fois que l'émetteur [...] rend publiques des informations réglementées, il dépose en même temps ces informations auprès de l'autorité compétente de son État », cette autorité pouvant « décider de publier lesdites informations sur son site internet », poursuit le paragraphe. La directive « transparence » exige de plus des États membres de veiller « à ce qu'il existe au moins un mécanisme officiellement désigné pour le stockage centralisé des informations réglementées ». L'article 21 § 2 de la directive « transparence » indique ensuite que « ces mécanismes devraient respecter des normes de qualités minimales en matière de sécurité, de certitude quant à la source d'information, d'enregistrement de la date ainsi que de facilité d'accès par les utilisateurs ». Le paragraphe est enfin clos en requérant que les mécanismes en question soient « alignés sur la procédure de dépôt prévue à l'article 19 » §1 précité.

L'on retient de ce faisceau de dispositions que la directive « transparence » impose l'utilisation d'internet pour une double diffusion des informations réglementées. Seul l'internet permet aux informations réglementées d'être accessibles dans l'ensemble du territoire européen de manière rapide, peu coûteuse et non discriminatoire. Aussi les émetteurs sont-ils invités à publier ces informations sur leur site internet. « Médias » est écrit au pluriel pour ne pas exclure la presse écrite spécialisée traditionnelle, qui n'en devient pas de si tôt inutile. De plus, les informations doivent être « en même temps déposées auprès de l'autorité compétente », à laquelle il revient de les diffuser sur un site internet dont elle a la gestion. Ces mécanismes auxquels la directive « transparence » fait aussi allusion ne sont en effet autres que les bulletins officiels électroniques d'annonces légales des différents États membres³¹⁷. Aussi ressort-il de la directive une double obligation de publication en ligne des informations réglementées.

110. Pour ce qui a trait à la convocation à l'assemblée, il est alors clair que les « médias » de la directive « actionnaires » font référence à l'internet. On ne retrouve pas l'utilisation de mécanismes officiels de stockage centralisé. La publication sur un tel média ne représente pourtant ni un surcoût particulier, ni un travail d'organisation supplémentaire, pour l'émetteur

modernes pour rendre l'information instantanément accessible ». À ce titre, la directive « présume que toutes les sociétés cotées disposent déjà d'un site internet ». Si les considérants liminaires sont à prendre en compte lors de l'interprétation des dispositions d'une directive européenne, ils ne constituent que des recommandations et non des dispositions impératives.

³¹⁷ La France s'est dotée en 2009, en plus du BALO électronique, du site [info-financiere.fr], géré par la Direction de l'information légale et administrative, et très justement présenté comme « Le mécanisme officiel français de stockage centralisé des informations réglementées ». Depuis la *EHUG* du 11.11.06, l'Allemagne concentre ce type d'information sur le registre électronique du commerce et des sociétés [bundesanzeiger.de].

ou l'État membre. L'on pourrait y voir la marque de la coupure abstraite mais bien ancrée entre informations financières réglementées et informations « sociales » relevant intrinsèquement du droit des sociétés. Le problème réside plutôt dans le retard pris pour la création de ces mécanismes officiels de stockage centralisé à l'échelle européenne.

Quoi qu'il en soit, la publicité en ligne de l'information réglementée sur les bulletins d'annonces légales (§ 1) n'a pas empêché le site internet de la société de devenir la première source d'informations (§ 2), tant du public que des actionnaires, ces derniers pouvant faire l'objet de communications particulières.

§ 1 - Publication d'annonces légales obligatoires en ligne

111. Avant de présenter les transpositions de la directive « actionnaires » dans les droits nationaux français (II) et allemand (I) la respectant déjà en partie, rappelons simplement que la publication d'annonces sur une unique plate-forme officielle tenue par une autorité étatique est un gage d'objectivité et de sécurité juridique – pour les marchés financiers en général, pour les actionnaires en particulier – que les sites internet des sociétés ne garantissent pas.

I - « Elektronischer Bundesanzeiger »

112. Les sociétés cotées de droit allemand dont les actions ne revêtent pas toutes la forme nominative et qui ne transmettent pas les convocations personnellement aux actionnaires, doivent publier la convocation dans des médias dont on puisse raisonnablement attendre une diffusion dans l'ensemble de l'Union européenne (§ 121 IVa AktG). Cet alinéa ne fut introduit qu'en 2009, par la loi de transposition de la directive « actionnaires » dont on reconnaît bien les traits. L'alinéa 4 du même paragraphe, plus ancien, impose quant à lui la publication dans les « *Gesellschaftsblättern* » (dont la traduction littérale serait « journal de la société »). Le régime de ce journal est posé au § 25 AktG : « lorsque la loi ou les statuts imposent l'inscription d'avis dans le journal de la société, cet avis est à joindre au *Bundesanzeiger* », c'est-à-dire au journal officiel. Les statuts sont autorisés à prévoir parallèlement – et non exclusivement – que le journal de la société soit publié par d'autres

médias, notamment des médias électroniques. Or depuis le 1^{er} avril 2012, les publications au bulletin officiel sont exclusivement électroniques³¹⁸.

II - Publication au BALO

113. En France, la diffusion de réclames et rapports falsifiés dans la presse du XIX^e s. porte une part de responsabilité dans la perte de confiance des actionnaires dans la direction de la société, dans la perte de l'*affectio societatis* ainsi que dans la désertion des assemblées générales³¹⁹. La liaison entre la presse privée et le « brigandage financier » rendit essentielle la création d'un bulletin officiel. Les premières obligations de publication dans un bulletin d'informations légales furent posées par l'article 3 de la loi du 30 janvier 1907³²⁰. L'article 3 de la loi du 30 janvier 1907 ne fut abrogé qu'en 2008³²¹. Sa portée fut cependant largement diminuée lorsque les sociétés régies par la loi de juillet 1966 furent exclues de son champ d'application³²². Diffusé par la Direction des Journaux officiels tous les lundis, mercredi et vendredi, le BALO publia sa dernière édition papier le mercredi 29 juin 2005. Depuis 2005, le BALO est en effet exclusivement électronique³²³. L'on accède au site internet depuis le site du Journal officiel ou depuis les différentes adresses consacrées³²⁴. Les insertions ne peuvent être transmises à la direction des Journaux officiels que par voie électronique, selon les modalités fixées par arrêté ministériel³²⁵. Les tarifs à la charge des annonceurs sont fixés par arrêté ministériel³²⁶.

³¹⁸ Et accessible à l'adresse [bundesanzeiger.de] ; « Gesetz zur Änderung von Vorschriften über Verkündung und Bekanntmachungen... », BGBl. 2011 I, p. 3044.

³¹⁹ N. HISSUNG-CONVERT, *La spéculation face au droit*, LGDJ, Thèses, 2009, p. 536.

³²⁰ Le décret du 27.02.1907 portant création du « Bulletin annexe au Journal officiel » fut abrogé par l'art. 3 du décret n° 2005-582 du 27.05.2005 relatif au Bulletin des annonces légales obligatoires, JORF 29.05.2005, p. 9474.

³²¹ Art. 8 D. n° 2008-258 du 13.03.2008, JORF 15.03.2008, p. 4728.

³²² Art. 505 loi n° 66-537 du 24.07.1966 sur les sociétés commerciales, JORF 26.07.1966, p. 6402.

³²³ Art. 2 D. n° 2005-582 du 27.05.2005.

³²⁴ [journal-officiel.gouv.fr/balo]; [balo.fr] ; [leballo.com].

³²⁵ Art. 1^{er} al. 2. Arr. du 27.05.2005 fixant les modalités de transmission des insertions au Bulletin des annonces légales obligatoires (JORF 29.05.2005, p. 9475) : « Les annonceurs transmettent leurs annonces par voie électronique en joignant un fichier normalisé au formulaire d'enregistrement disponible sur le site de la Direction des Journaux officiels spécialement consacré au Bulletin des annonces légales obligatoires [...] ».

³²⁶ Cf. art. 2-2 arr. du 17.12.2013 fixant le montant des rémunérations dues en contrepartie des prestations fournies par la direction de l'information légale et administrative (JORF 19.12.2013, p. 20604) : « La rémunération des insertions au Bulletin des annonces légales obligatoires (BALO) est fixée à 4 euros [3,52 € arr. homonyme du 17.11.2011] la ligne ordinaire justifiée sur une colonne. [...] Dans un fichier informatique, une colonne équivaut à 72 caractères ».

114. La publication au BALO de la convocation à l'AG est aujourd'hui régie par l'article R. 225-67 C. com. relatif à l'avis de convocation, et par l'article R. 225-73 C. com. relatif à l'avis de réunion³²⁷. Bien que modifiés respectivement six et dix fois depuis le décret du 23 mars 1967 (anc. art. 124 et 130), les lignes directrices de ces deux articles n'ont pas changé.

115. L'avis de convocation doit par principe être publié « dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social ». Il s'agit du régime de droit commun s'appliquant *a priori* à toutes les sociétés anonymes. Les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou dont les actions ne revêtent pas toutes la forme nominative doivent de plus insérer l'avis de convocation au Bulletin des annonces légales obligatoires. L'obligation de publication au BALO a été élargie en 2006 aux sociétés dont toutes les actions ne revêtent pas la forme nominative³²⁸. Leurs actions étant en pratique diffusées largement, une large publication de la convocation à l'AG fut jugée nécessaire. La publication de l'avis de convocation est faite au plus tard 15 jours avant la tenue de l'assemblée sur première convocation et dix jours sur convocation suivante³²⁹.

116. L'alinéa 2 dudit article R. 225-67 C. com. autorise les sociétés dont toutes les actions sont nominatives à se priver de la publication de l'avis de convocation. Ces sociétés peuvent en effet prendre directement contact avec leurs actionnaires pour les convoquer à l'assemblée, puisqu'elles en connaissent l'identité³³⁰. Ce simple alinéa de droit supplétif rappelle que la société anonyme, quelle que soit sa taille, n'a pas nécessairement vocation à s'ouvrir vers le public. Les informations diffusées dans les convocations aux assemblées sont d'ordre interne. L'ordre du jour reflète tant la politique de la société et sa santé financière que ses difficultés ; c'est pourquoi la publication de la convocation n'est d'ordre public que lorsque la situation l'impose. De 1913 à 1967, la publication de la convocation avait pour seul objectif d'atteindre les quorums légaux si tel ne fut pas le cas lors de la première convocation à l'assemblée. Depuis 1967, l'argument irréductible imposant la publication de la convocation est l'émission d'au moins une action non nominative. C'est l'urgence et la gravité du danger constitué par

³²⁷ Sur la distinction entre l'avis de réunion et l'avis de convocation, v. Glossaire, § 667.

³²⁸ Art. 24 D. n° 2006-1566 du 11.12.2006, JORF 12.12.2006, p. 18762. ; v. Glossaire, § 696.

³²⁹ art. R. 225-69 C. com. ; en période d'OPA, le délai est d'au moins 6 jours sur première convocation, et d'au moins 4 jours sur convocation suivante.

³³⁰ V. Glossaire, § 648.

l'absence de convocation qui imposent une publication officielle aux sociétés qui ne connaissent pas l'identité de l'ensemble de leurs actionnaires, et ce dès la première assemblée.

117. Pour ce qui a trait à l'avis de réunion, il ne s'impose qu'aux sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou ne revêtent pas toutes la forme nominative (art. R. 225-73 C. com.³³¹). Les petites structures non cotées ne sont donc pas concernées. La publication est faite au BALO. Elle n'est pas accompagnée d'une insertion dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social. La publication de l'avis de réunion a lieu au moins 35 jours avant la tenue de l'assemblée³³².

§ 2 - Publication sur le site de la société

118. L'exercice des droits des actionnaires des sociétés cotées a fait l'objet de mesures d'harmonisation suffisamment courageuses pour avoir imposé à de nombreux États européens l'utilisation des nouvelles technologies dans l'intérêt des actionnaires. Une série de mesures s'attache à l'information préalable à l'assemblée sur le site internet de la société, présumé existant. Le site internet destiné à l'information des actionnaires, voire du public, appelle une série d'interrogations relatives, d'une part, à sa nature et sa tenue (I) comme, d'autre part, à l'étendue de son contenu (II).

I - Le site internet

119. La loi de transposition de la directive en droit allemand (ARUG) a inséré un § 124a dans l'*Aktiengesetz* imposant *de facto* aux sociétés cotées la tenue d'un site internet afin d'y publier la convocation et autres informations afférentes à l'assemblée générale, comme nous le verrons plus bas. C'est par un décret de juin 2010 que fut enfin imposé aux sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé³³³ « de

³³¹ V. art. 3 IX D. n° 2009-557 du 19.05.2009, JORF 21 mai 2009, p. 8498 ; art. 4 D. n° 2010-684 du 23.06.2010, JORF, 25.06.2010, p. 11450 ; art. 4 D. n° 2010-1619 du 23.12.12, JORF 26.12.2010, p. 22701.

³³² 15 jours en période d'OPA.

³³³ Pourquoi l'article R. 210-20 C. com. n'impose-t-il la création d'un site internet qu'aux seules sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé et non, plus largement, à celles dont les actions sont admises aux opérations du dépositaire central, c'est-à-dire aussi aux sociétés non officiellement cotées mais disposant de titres au porteur ? Pourquoi ne pas assimiler le régime de publication d'informations au BALO au régime de publication d'informations en ligne ? V. Glossaire, § 699.

disposer d'un site internet afin de satisfaire à leurs obligations d'information de leurs actionnaires »³³⁴. Il n'est fait référence dans la partie réglementaire du Code de commerce qu'à trois reprises à l'article R. 210-20 C. com.³³⁵, qui semble ainsi se différencier de l'article R. 225-61 C. com. relatif au site internet dédié au vote à distance et couronnant la section réglementaire du Code de commerce consacrée à l'assemblée générale des actionnaires (A). La spécificité et l'accessibilité du site internet destiné à l'information des actionnaires soulèvent de même quelques interrogations (B).

A) Le site internet approprié

120. L'article R. 225-61 C. com. impose que « les sociétés dont les statuts permettent aux actionnaires de voter aux assemblées par des moyens électroniques de télécommunication aménagent un site exclusivement consacré à ces fins ». Le site mis à la disposition des actionnaires désirant voter en ligne ne peut pas être le même site que celui dont il est question à l'article R. 210-20 C. com. L'on en veut pour preuve que l'avis de réunion doit comporter « l'adresse du site internet prévu à l'article R. 210-20 sur lequel sont diffusées les informations mentionnées à l'article R. 225-73-1 et, le cas échéant, celle du site internet prévu à l'article R. 225-61 »³³⁶. En revanche, le site internet de l'article R. 210-20 C. com. peut être la page consacrée aux dites « relations investisseurs » ou « relations actionnaires »³³⁷, quand bien même il existerait déjà une page dédiée à l'information financière réglementée.

Les commentaires se font rares sur ce point. L'on pourrait arguer que les personnes investissant ou conseillant la prise de position dans de telles structures relèvent d'un milieu d'investisseurs expérimentés. Or l'accès centralisé aux convocations officielles publiées du BALO est plus simple et surtout plus fiable que la recherche de la page dédiée du site internet de la société. Ce média officiel confère en effet une force probante plus importante aux informations diffusées qu'une simple publication sur le site internet de la société. La publication d'information sur le site internet de la société souffre (quasi-irréremédiablement) d'un manque de traçabilité. Seule une attention continue des destinataires des informations peut permettre de remarquer si ces dernières ont été modifiées, ajoutées ou supprimées. Une telle attention demeure illusoire et ne peut être exigée des actionnaires. Quand bien même ils constateraient une telle modification non notifiée par la société, ils seraient parfaitement incapables de la prouver en cas de contestation des informations transmises, à moins d'avoir recours aux services d'un huissier, notamment par un constat en ligne, ce qui est encore moins probable.

Mais l'explication la plus rationnelle est qu'il s'agit de ne pas charger d'obligations nouvelles des sociétés que l'on estime de taille moins importante. Ces sociétés, qui sont certes éventuellement cotées sur un marché libre grâce à leurs actions au porteur, mais ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, sont ainsi « épargnées » de l'obligation de créer un site internet propre et des obligations de publication y étant liées. L'opportunité de cette différenciation peut être remise en cause, surtout lorsqu'on la compare à l'assimilation opérée en 2006. L'on peut en effet considérer qu'un strict parallélisme entre la publicité au BALO et sur le site propre de la société est un gage d'honnêteté qui n'emporte pas de surcoûts particuliers pour la société et n'augmente pas les risques d'irrégularité de la convocation de manière disproportionnée.

³³⁴ Art. R. 210-20 C. com., créé par l'art. 2 D. n° 2010-684 du 23.06.2010, JORF 25.06.2010, p. 11450.

³³⁵ Qui s'est ajouté aux articles du livre II relatif aux formalités de publicité des sociétés commerciales.

³³⁶ Art. R. 225-73 I 4° C. com.

³³⁷ En 1998, la COB avouait que la « comparaison avec les sites de sociétés étrangères se révèle difficile » (COB, *Les marchés financiers à l'heure d'Internet - Les Entretiens de la COB*, 1998, table ronde n° 1, p. 9), car

121. La notion même de « site internet » laisse en effet une grande liberté aux sociétés. Selon la définition de la Commission générale de terminologie et de néologie, publiée au Journal officiel en 2002³³⁸, un site est « un ensemble de documents et d'applications placées sous une même autorité et accessibles par la toile à partir d'une même adresse universelle ». La définition note cependant ensuite qu'un « site de la toile peut être inclus dans un site plus important »³³⁹. Le site internet principal de la société peut donc inclure parallèlement et *a fortiori* rediriger vers, d'une part, le site dédié à l'information des actionnaires et, d'autre part, le site dédié au vote électronique. De la même manière, le site dédié au vote peut, le cas échéant, inclure ou renvoyer vers la page dédiée à l'information. Commentant l'obligation d'indiquer dans l'avis de réunion l'adresse du site prévu à l'article R. 210-20 C. com., certains auteurs affirment que « le bon sens incite à proposer la plupart [des] documents directement sur le site dédié au vote électronique, prévu à l'art. R. 225-61 »³⁴⁰.

Juridiquement, ces sites n'en restent pas moins distincts³⁴¹. Une telle juxtaposition voire fusion dans l'hypothèse du vote électronique, n'ayant au demeurant pas lieu en pratique, ne dispense pas de la tenue du site d'information de l'article R. 210-20 C. com. de manière autonome. Certes l'objet de l'article R. 210-20 C. com. est l'information des actionnaires, mais il n'est pas question d'imposer aux actionnaires de s'identifier pour obtenir les documents qui y sont publiés³⁴², comme cela est le cas pour accéder au site internet dédié au vote. La publication d'informations relatives à l'assemblée sur le site dédié au vote en ligne

fortement emprunt de l'expérience et des usages nationaux du monde des affaires, et appuyait ainsi l'apophtegme du Professeur comparatiste Legrand : « la comparaison sera CULTURELLE ou ne sera pas » (sic, P. LEGRAND, *Le droit comparé*, PUF, p. 125). Quelques remarques s'imposent toutefois aujourd'hui.

On relève d'abord sur la forme une différence d'ordre terminologique. Les sociétés allemandes utilisent l'expression anglaise « *investor relations* », à laquelle les sociétés françaises ont généralement préféré l'expression « espace actionnaires ». On est donc tenté de voir dans le premier cas un rapport purement financier, une page internet ne s'adressant qu'à l'investisseur. Dans le second cas, l'impression est plutôt donnée que le destinataire de la page internet est l'actionnaire-associé. Or les pages internet évoquées sont toujours disponibles dans plusieurs langues. L'hypothèse semble validée lorsque la traduction en anglais de l'espace actionnaire français est littérale et parle donc de « *shareholder's corner* » ou encore de « *shareholder's relations* », mais non lorsque la traduction reprend l'expression « *investor relations* ». Quant au contenu, on constate un large phénomène de mimétisme des usages étrangers, bénéficiant de l'expérience américaine.

³³⁸ CGTN, *Vocabulaire de l'internet*, JORF 08.12.2002, p. 20331.

³³⁹ Il ne doit ainsi pas, à la lecture de cette définition annotée, être fait de distinction entre un « site » et un « site de la toile », traduction littérale du terme anglais « *web site* », que le pouvoir réglementaire dénomme « site internet », contrairement à l'avis de la CGTN, sachant que l'expression « site de la toile » ne s'est jamais affirmée dans la langue française.

³⁴⁰ A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés*, Dalloz commenté, 2015, comm. ss art. R. 225-73 C. com.

³⁴¹ En ce sens, V. MAGNIER, « Nouvelles mesures en faveur de la démocratie actionnariale dans les sociétés cotées », *Rev. sociétés*, 2011, p. 267, § 7 ; ANSA, « Décret du 23 juin 2010 », n° 10-031, 01.07.2010.

³⁴² V. *infra*, « L'accessibilité du site internet de la société », § 126.

(art. R. 225-61 C. com.) ne respecte pas la condition de publicité du site d'information qu'implique l'article R. 210-20 C. com.

B) L'usage approprié du site internet

122. Si le site dédié au vote est bien sûr exclusivement réservé aux actionnaires disposant d'un droit de vote, la question se pose de savoir si l'accès au site internet dédié à l'information des actionnaires pourrait ou devrait aussi être limité à ces derniers (2), et si l'information publiée en ligne est une information spécifique (1).

1. La spécificité de l'information électronique

123. Premièrement, il est nécessaire de rappeler, ainsi que le faisait déjà la COB dans le n° 1 de sa recommandation n° 98-05 relatif à la responsabilité de la société en matière de diffusion sur internet d'informations financières, que « la société qui choisit d'ouvrir un site internet est tenue de respecter les principes généraux liés à l'obligation d'information du public [et que] l'information présentée sur le site doit être exacte, précise et sincère ». De ces recommandations, il faut retenir une égalité de principe entre les informations publiées par les canaux traditionnels et celles publiées en ligne. Cette égalité est toutefois modulée par les solutions retenues en droit français et allemand, qui consacrent chacun des articles particuliers à la publication en ligne, et leur confèrent ainsi un régime juridique distinct du régime commun de publication.

124. En pratique, le support informatique de l'information implique quelques précautions spécifiques. Les spécialistes invitent ainsi à ce que toute société respecte une politique de sécurité de l'information impliquant « intégrité, confidentialité, disponibilité, authentification / identification, pérennité, accessibilité et archivage »³⁴³, l'archivage devant absolument être « sécurisé et horodaté »³⁴⁴.

La spécificité de l'information électronique, presque plus juridique que technique, permet de relancer le débat sur le caractère public ou non des informations destinées aux actionnaires et donc sur l'accessibilité du site internet de la société.

³⁴³ É. CAPRIOLI « Transparence et sécurité des informations financières par voie électronique », *Comm. Com. électr.*, 6/2007, comm. 87.

³⁴⁴ É. CAPRIOLI, « Transmission et archivage électronique des informations financières », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2007, n° 81, p. 33.

2. L'accessibilité du site internet de la société

125. La publication en ligne doit être distinguée de la consultation en ligne. La première met des informations à la disposition du public, la seconde peut être réservée à un groupe de destinataires définis. La publication d'informations financières cherche par exemple à établir une transparence auprès des marchés, c'est-à-dire du public. Les informations que la loi considère comme internes à la société, par opposition à celles qui relèveraient de l'intérêt public, peuvent quant à elles en principe être mises à la disposition des seuls actionnaires. En droit allemand, une discussion s'était ouverte – et vite éteinte – sur la question de la publication en ligne de la liste de présence des actionnaires aux assemblées des deux dernières années (b). La question de la « privatisation » de certaines informations ne semble pas s'être posée en France alors même que le droit évoque simplement l'information des actionnaires, non du public (a).

a. Droit français

126. Si l'accès au site internet dédié au vote électronique est en principe entièrement réservé aux actionnaires ou à leurs mandataires respectifs, l'accès au site consacré à l'information des actionnaires peut-il aussi être restreint ou doit-il être public? L'article R. 210-20 C. com. cite explicitement l'information des actionnaires et n'évoque pas l'étendu du caractère public du site internet, sachant que la publicité de l'information réglementée est assurée par la publication aux bulletins d'annonces. En droit, donc, une restriction est possible. Le Professeur Y. Guyon écrivait que « le site qui diffuse les informations peut être ouvert au public, si les informations qu'il donne sont elles aussi accessibles au public. Au contraire le site doit être fermé s'il a pour objet l'établissement de relations spécifiques entre les actionnaires et la société »³⁴⁵. La logique est parfaitement respectable. Cette question doit cependant être analysée sous deux aspects, l'un stratégique, l'autre pratique.

127. Il est d'abord intéressant de comparer les informations dont seuls les actionnaires peuvent obtenir communication en vertu des articles R. 225-88 et -89 C. com., avec les

³⁴⁵ Y. GUYON, « Les dispositions du décret du 3 mai 2002 », *D.* 2002, p. 421 ; ses propos concernaient toutefois le site internet dédié au vote de l'article R. 225-61 C. com., et non le site d'information ici étudié, qui n'était pas encore exigé à ce moment. La réflexion n'est donc peut-être pas exportable au problème soulevé par le site d'information, dont M. Guyon avait en quelque sorte prédit la naissance, car il n'a pas réellement pour fonction d'établir une relation spécifique entre les actionnaires et la société.

informations publiques en raison de leur publication au BALO³⁴⁶ ou par l'AMF³⁴⁷, ainsi qu'avec les informations énoncées à l'article R. 225-73-1 C. com. diffusées sur le site internet. Cette comparaison mène à la conclusion que la restriction d'accès au site priverait en effet le public d'une série d'informations. En ce qui concerne par exemple les formulaires de vote par correspondance ou par procuration, le formulaire AFNOR ne permet pas en effet de tirer plus d'informations que l'avis de réunion n'en donne. L'information relative au nombre total de droits de vote et au nombre d'actions composant la société pourrait ensuite être réservée aux actionnaires. Certaines informations destinées à être présentées à l'assemblée seraient enfin cachées au public. Ces informations ne seraient pas de nature financière, en raison de l'obligation de publicité à laquelle de telles informations sont soumises. Ne sont donc concernées que quelques parties non publiques des rapports du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance (art. L. 225-100 L. 225-102-2 C. com.) devant être diffusées sur le site internet, car présentées à l'assemblée. Il est toutefois permis de douter de la valeur stratégique de ces quelques informations au regard des informations devant être publiques. L'utilité d'une restriction d'accès au site doit donc être mesurée *in concreto*.

128. Il faut ensuite s'interroger sur la praticabilité et l'opportunité d'une telle restriction, au regard notamment de la nature de l'actionnariat et des autres méthodes d'accès aux informations prévues par la loi. La tenue d'un site internet n'est imposée qu'aux sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé. Or ces sociétés comportent en France en règle générale une part importante d'actions au porteur. Conférer un accès au site internet aux actionnaires au nominatif est aisé, ces derniers se voyant communiquer des identifiants personnels par la société. Sauf à tout publier, ce que ne requiert pas la loi, il est cependant impossible de respecter l'anonymat de l'actionnariat au porteur souhaitant s'informer. Les actionnaires au porteur ne pourraient en effet accéder aux informations du site internet qu'en prouvant à la société la détention d'actions auprès d'un intermédiaire financier. La restriction d'accès au site internet afin de protéger la société est, au mieux, inutile à l'actionnaire. Elle relève, au pire, de la rétention d'informations. D'une part, la procédure complique et ralentit considérablement l'accès aux informations, ce qui s'oppose clairement aux objectifs

³⁴⁶ Avis de réunion et de convocation (art. R. 225-67 et -73 C. com.).

³⁴⁷ Un « rapport financier annuel [publié et déposé auprès de l'Autorité des marchés financiers] est tenu à la disposition du public pendant cinq ans [...]. Il comprend les comptes annuels, les comptes consolidés le cas échéant, un rapport de gestion, une déclaration des personnes physiques qui assument la responsabilité de ces documents et le rapport des commissaires aux comptes ou des contrôleurs légaux ou statutaires sur les comptes précités. » (art. L. 451-1-2 C. com.).

poursuivis par la directive européenne et à l'esprit de l'article R. 225-73-1 C. com. D'autre part, tout actionnaire peut aisément requérir, si nécessaire en prouvant la détention d'actions, que lui soient communiqués par voie électronique les documents énumérés aux articles R. 225-81 et -83 C. com., plus riches en informations que ce que doit publier le site internet de la société³⁴⁸. Rappelons qu'il suffit à quiconque d'acquérir une unique action pour se voir communiquer selon son droit ces informations³⁴⁹.

Les sociétés qui, malgré cela, choisiront de restreindre l'accès à leur site internet d'information, n'oublieront pas, le cas échéant, de limiter l'accès à la retransmission vidéo de l'assemblée.

b. Droit allemand

129. Lors de la présentation du projet de loi (NaStraG), l'association allemande des avocats proposait une formulation autorisant la consultation de la liste de présence dans les locaux de la direction administrative, à moins que la société ne l'ait rendue publique³⁵⁰. S'inspirant de la publication des résolutions votées sur le site internet de la société, l'association estimait qu'une publication sur internet de la liste de présence durant deux ans suivant l'assemblée constituerait une solution satisfaisante. Il est évident que la publication des listes faciliterait le travail des avocats. Une telle publication va pourtant clairement à l'encontre des intentions de la NaStraG, qui ne conféra ce droit de consultation auprès de la société que pour pouvoir supprimer en conscience celui au registre du commerce³⁵¹. Sans base légale, une telle publication constituerait d'ailleurs aujourd'hui une violation des « droits de la personnalité ».

130. La seule solution envisageable respectant l'impératif de protection des données est donc de réserver la consultation aux actionnaires. Pour cela, ces derniers seraient invités à se connecter grâce à un identifiant et un mot de passe communiqués par la société, sur demande pour les actionnaires au porteur ne s'étant pas déjà connectés à la plate-forme de vote à distance, ou dans la lettre de convocation pour les actionnaires au nominatif. L'on peut aussi très bien envisager un lien vers la liste de présence des deux assemblées générales précédentes

³⁴⁸ Art. R. 225-88 C. com. ; l'envoi aux actionnaires au nominatif peut même être automatique pour les assemblées ultérieures (*idem*, al. 3).

³⁴⁹ En ce sens, ANSA, « Documents à publier sur le site de la société avant une assemblée », n° 11_006, 05.01.2011, p. 3.

³⁵⁰ DAV, « Stellungnahme zum NaStraG », NZG, 2000, p. 447.

³⁵¹ V. *supra*, « La redéfinition des rôles reconnus au registre des actionnaires... », § 101.

sur la plate-forme de gestion du compte de l'actionnaire au nominatif, puisque ce dernier doit s'identifier pour s'y connecter³⁵².

II - Contenu de la publication

131. Certains documents nécessaires à l'assemblée ne peuvent être publiés au bulletin d'annonces légales. Trop volumineux et trop nombreux, ils engageraient des coûts importants et nuiraient inutilement à l'accessibilité, donc à la lisibilité des informations plus importantes. Au final, et aussi paradoxal cela puisse paraître, une obligation de publication au bulletin trop large ne participerait pas de l'effort de transparence que l'on exige des sociétés. Qu'il s'agisse de la convocation originale à l'assemblée (A), des formulaires de vote à distance ou par correspondance mais encore de l'ordre du jour modifié par les demandes d'adjonction des actionnaires (B), le site internet de la société constitue une plate-forme permettant d'alléger les formalités liées à la convocation et à la préparation de l'assemblée générale. Le site internet pourra en outre même simplifier le déroulement de l'assemblée en permettant de répondre officiellement à certaines questions dès lors considérées comme traitées (C). Enfin, il résulte de la publication sur le site internet du résultat des votes après l'assemblée une plus grande transparence du processus de décision collective (D).

A) Publication de la convocation originale

132. La publication en ligne de la convocation de droit allemand permet d'alléger la convocation traditionnelle, sans poser *a priori* de difficultés particulières (2). En France, l'article R. 225-73-1 C. com. relatif à la publication de l'avis de réunion sur le site internet de la société³⁵³, n'est qu'une pâle copie des exigences de l'article 5 n° 4 de la directive « actionnaires » (1).

1. Droit français

133. Comme l'y invitait la directive « actionnaires », l'avis de réunion de droit français doit se borner à renvoyer vers « les lieux [...] dans lesquels [le formulaire de vote par

³⁵² F. DRINHAUSEN, *loc. cit.* note 298.

³⁵³ Inséré par un décret de juin 2010, puis complété par un autre de décembre 2010, tous deux relatifs aux droits des actionnaires de sociétés cotées : art. 5 D. n° 2010-684 du 23.06.2010, JORF 25.06.2010, p. 11450 ; art. 5 D. n° 2010-1619 du 23.12.10, JORF 26.12.2010, p. 22701.

procuration ou par correspondance] peuvent être obtenus », vers « l'adresse du site internet prévu à l'article R. 210-20 sur lequel sont diffusées les informations », ainsi que vers le lieu « de mise à disposition du texte intégral » de certains documents (art. R. 225-73 C. com.). Le site internet de la société s'impose alors comme le meilleur outil de diffusion de ces documents et informations.

L'article R. 225-73-1 C. com., introduit par le décret précité de juin 2010, impose explicitement la publication de l'avis de réunion (de l'article R. 225-73 C. com.) sur le site internet. Il est en pratique diffusé dans un fichier intitulé « Avis de réunion publié au BALO du [...] ». Le site de la société doit informer sur le nombre total de droits de vote et le nombre d'actions à la date de la publication de l'avis de réunion (au plus tard 35 jours avant l'assemblée). L'avis de convocation (selon le vocabulaire français³⁵⁴), autrement dit le texte définitif, n'est pas explicitement cité par l'article R. 225-73-1 C. com. À raison, puisque la publication de l'avis de convocation intervient au plus tard le 15^{ième} jour avant l'assemblée, soit six jours après la date limite de publication des informations sur le site internet. L'on peut cependant considérer que l'obligation de mettre à jour en ligne l'ordre du jour en cas de modification correspond de fait à une publication de l'avis de convocation. En pratique, les sociétés permettent généralement de télécharger un fichier intitulé « Avis de convocation tel que publié au BALO du [...] ».

2. Droit allemand

134. Introduit par la loi de transposition de la directive européenne, le § 124a AktG impose qu'une série d'informations soit publiée immédiatement après la convocation³⁵⁵ sur le site internet de la société, soit au plus tard 30 jours avant l'assemblée (cf. § 130 AktG). Les sociétés cotées en bourse doivent publier sur leur site internet le contenu de la convocation. Le § 124a AktG a inspiré la version actuelle le n° 2.3.1 du code allemand de gouvernement d'entreprise (DCGK), et non l'inverse³⁵⁶. La version initiale de 2002 ne recommandait en effet la publication sur le site internet de la société que des différents rapports du conseil et de l'ordre du jour³⁵⁷. La version de 2010 du code, suivant la ratification de l'ARUG en 2009, recommande enfin la publication de la convocation³⁵⁸.

³⁵⁴ V. Glossaire, § 667.

³⁵⁵ Sur ce point, v. *infra*, « L'allègement du calendrier allemand », § 276.

³⁵⁶ G. REGER, in T. BÜRGERS, T. KÖRBER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2011, « § 124a AktG », p. 1013.

³⁵⁷ DCGK, 07.11.2002, « en vigueur » le 03.07.2003.

³⁵⁸ DCGK, 26.05.2010.

Preuve de la fiabilité en matière d'information des nouvelles technologies de communication, le site internet de la société peut servir à alléger l'avis de convocation. Le § 121 III n° 3 AktG dispose en effet que la convocation peut limiter la description à la présentation des délais pour l'exercice de certains droits³⁵⁹, à condition que l'actionnaire soit invité à consulter le site internet de la société sur lequel il trouvera des informations plus complètes.

B) Publication de l'ordre du jour modifié présenté à l'assemblée

135. Formel, l'ordre du jour de l'assemblée générale n'en est pas moins hautement démocratique. Il répond à deux impératifs, l'un de forme, l'autre de fond.

Sa première fonction est procédurale. Une assemblée délibérante est par nature conflictuelle. Son succès dépend avant tout du respect de règles de procédure. Comme son nom pourrait l'indiquer³⁶⁰, ce document a vocation à imposer l'ordre. L'ordre du jour est impératif et limitatif³⁶¹. Durant l'assemblée générale, les actionnaires intervenant à l'oral de manière trop évasive et générale sont « rappelés à l'ordre »³⁶².

Sa seconde fonction est informative. L'ordre du jour liste les sujets qui seront discutés en séance et évoque ainsi les résolutions qui feront l'objet d'un vote. Il permet aux actionnaires de se préparer à l'assemblée. La préparation peut se faire à plusieurs niveaux. Elle commence par la lecture ciblée de l'information financière. Elle peut aussi consister à formuler et transmettre des questions écrites. L'ordre du jour permet enfin et surtout de savoir quels sujets ne seront pas traités, selon les souhaits éventuels des dirigeants et actionnaires majoritaires. La régularité de l'ordre du jour est primordiale en ce qu'elle protège les actionnaires minoritaires. Un ordre du jour faussement inintéressant car tronqué ne permet du reste pas de remplir une assemblée³⁶³.

³⁵⁹ Demande d'adjonction à l'ordre du jour (§ 122 II AktG), contre-propositions (§ 126 I AktG), proposition de nomination d'un membre du conseil de surveillance ou de commissaire aux comptes (§ 127 AktG), consultation des documents sociaux (§ 131 I AktG).

³⁶⁰ Le dictionnaire Littré cite 27 applications différentes du mot « ordre », le *Duden* 9 significations du mot « *Ordnung* ».

³⁶¹ Y. GUYON, « Assemblées d'actionnaires », *Rép. soc.*, 2002 (déc. 2010), § 61.

³⁶² Il ne s'agit pas en l'espèce d'un blâme comparable au rappel à l'ordre des députés (cf. art. 71 n° 6 du règlement de l'Assemblée nationale : « Le rappel à l'ordre avec inscription au procès-verbal comporte de droit à la privation, pendant un mois, du quart de l'indemnité parlementaire allouée aux députés »). La signification de l'expression « rappel à l'ordre », avant de muter – par association d'idée, glissement de sens – vers la sanction disciplinaire, était l'appel à se recentrer sur le cœur du débat, les points inscrits à l'ordre du jour.

³⁶³ D. KUBIS, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 124 AktG », § 48.

L'importance de l'ordre du jour est confirmée par la sanction qu'encourt son non respect, à savoir la nullité des résolutions votées. La loi interdit en effet à l'assemblée de « délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour »³⁶⁴. L'ordre du jour doit dès lors être immédiatement mis à jour dès réception des demandes d'adjonctions requises par les actionnaires, transmises en réponse (voire préalablement) à la publication de l'ordre du jour présenté par le Conseil d'administration ou le directoire. L'internet joue ici un rôle primordial, en France (1) comme en Allemagne (2).

1. Droit français

136. La loi française dispose que « l'ordre du jour des assemblées est arrêté par l'auteur de la convocation ». Le même article L. 225-105 C. com. confère parallèlement à « un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital ou une association d'actionnaires [...] la faculté de requérir l'inscription à l'ordre du jour de points ou projets de résolution ». Les formulaires de procuration ou de vote à distance sont bien sûr liés à l'ordre du jour³⁶⁵. Ils ne reprennent toutefois pas les intitulés des projets de résolution mais se contentent de chiffres permettant d'émettre une instruction de vote pour chaque projet de résolution (numéroté)³⁶⁶. Les formulaires n'ont donc pas lieu de changer lorsque de nouveaux projets sont ajoutés par les actionnaires. Leur accès aux différentes périodes précédant l'assemblée ne pose dès lors pas de difficulté. C'était sans compter sur une disposition bienveillante mais surprenante de la directive « actionnaires » relative à l'éventuelle impossibilité de publier ces formulaires en ligne (a).

La publication en ligne des nouveaux points ou projets de résolution ajoutés par les actionnaires est enfin remise en cause lorsque les exigences légales relatives à la détention d'une certaine proportion de capital ne sont pas respectées de manière continue (b).

³⁶⁴ L'article L. 225-105 al. 3 C. com. laisse cependant à l'assemblée, « en toutes circonstances », c'est-à-dire sans inscription préalable à l'ordre du jour, le pouvoir de « révoquer un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance et procéder à leur remplacement ».

³⁶⁵ L'article R. 225-81 C. com. impose par exemple de joindre à tout formulaire de procuration adressé aux actionnaires par la société, entre autres, l'ordre du jour de l'assemblée, « le texte des projets de résolution présentés par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, ainsi que le texte des projets de résolution présentés par des actionnaires et les points ajoutés le cas échéant à l'ordre du jour à leur demande ».

³⁶⁶ V. *infra*, « Le formulaire AFNOR et le formulaire électronique », § 429.

a. Règles de publication

137. Doivent être mis à la disposition du public « les textes des projets de résolution qui seront présentés à l'assemblée par le conseil d'administration ou le directoire » (art. R. 225-73-1 4° C. com.). Or ces textes sont déjà contenus dans l'avis de réunion (art. R. 225-73 I 6° C. com.). Les projets de résolution doivent-ils alors être publiés une seconde fois dans un fichier distinct de l'avis de réunion ? La pratique n'agit pas en ce sens et il faut lui donner raison. Les projets de résolution explicités dans l'avis de réunion suffisent. Une fois encore, la répétition d'informations relativement longues n'assure pas un niveau de transparence plus important. En noyant l'actionnaire d'informations tantôt complémentaires, tantôt identiques, elle serait même contre-productive.

Sont concernés par cet alinéa les éventuelles modifications des projets de résolution. En effet, le conseil d'administration ou le directoire ne sont pas totalement liés par le texte présenté dans l'avis de réunion. Les projets de résolution peuvent être corrigés en principe jusqu'au 15^e jour précédant l'assemblée³⁶⁷.

138. Les actionnaires ou groupement d'actionnaires, sur preuve de la détention d'une proportion définie de capital, peuvent aussi demander l'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution. L'article L. 225-105 al. 2 C. com. dispose que « ces points^[368] et ces projets sont inscrits à l'ordre du jour de l'assemblée et portés à la connaissance des actionnaires dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'État ». Si ces projets des actionnaires sont remis à la société avant la publication de l'avis de réunion (au plus tard à J-35), ce dernier doit indiquer le « lieu et la date de mise à disposition du texte intégral [... des] projets de résolution présentés, le cas échéant, par les actionnaires, ainsi que de la liste des points ajoutés, le cas échéant, à l'ordre du jour à leur demande » (art. R. 225-73 I 7° b C. com.³⁶⁹).

Si ces demandes d'adjonction à l'ordre du jour parviennent après la publication de l'avis de réunion, on imagine mal que les actionnaires ne soient pas informés du changement de l'ordre du jour avant de se présenter à l'assemblée. Les mots « et portés à la connaissance des actionnaires » ne furent pourtant introduits dans ce texte de juillet 1966 que par la loi sur

³⁶⁷ En droit seulement jusqu'à J-21, v. *infra*, « Entre le 21^e et le 15^e jour pré-assemblée », § 288.

³⁶⁸ Les mots « points et ces » ont été ajoutés en 2010 par l'ordonnance n° 2010-1511 du 09.12.2010 portant transposition de la « directive « actionnaires » », JORF 10.12.2010, p. 21612 ; v. *infra*, « Demandes d'adjonction à l'ordre du jour », § 136.

³⁶⁹ Art. 4 D. n° 2010-684 du 23.06.2010, JORF 25.06.2010, p. 11450 ; P. LE CANNU, B. DONDERO, « Mieux vaut tard et partiellement que jamais... », *RTD Com.*, 2010, p. 743.

la sécurité financière de 2003³⁷⁰. Le texte original de l'article L. 225-105 al. 2 C. com. ne faisait que référence aux conditions dans lesquelles les nouveaux projets pouvaient être inscrits à l'ordre du jour. L'information des actionnaires était-elle alors considérée comme corrélative à la modification de l'ordre du jour ? L'amendement de 2003 relatif à la transparence des sociétés n'apportait-il qu'une précision, une clarification des obligations des émetteurs ? Quoi qu'il en soit, les modalités d'inscription des points et projets à l'ordre du jour, ainsi que les modalités d'information des actionnaires, furent laissées au règlement d'application.

139. Sept ans plus tard, le décret de juin 2010 a bien prévu que « la société publie sans délai sur son site internet le texte des projets de résolution présentés par des actionnaires »³⁷¹. En décembre 2010, le second décret – certes homonyme mais entièrement consacré à l'ordre du jour de l'assemblée³⁷² – amenda le huitième alinéa en question de l'article R. 225-73-1 C. com., y ajoutant l'obligation de publier « la liste des points inscrits à l'ordre du jour ».

Ce dernier décret autorisa ensuite la société à publier, « pour chaque point inscrit à l'ordre du jour », un commentaire du conseil d'administration ou du directoire. L'ANSA conseille de son côté d'indiquer clairement ce qui relève des propositions des actionnaires et ce qui constitue le commentaire des organes d'administration ou de direction³⁷³. À bon escient, car l'identification est d'autant plus importante que les commentaires auront tendance à être critiques. L'inscription de points à l'ordre du jour est l'expression du contre-pouvoir des actionnaires minoritaires envers l'équipe dirigeante et administrative et/ou des actionnaires majoritaires. La preuve en est qu'il est rare que les projets de résolution proposés fassent l'objet d'un vote positif.

140. Formulaires. Sont enfin à mettre à la disposition du public « les formulaires de vote par correspondance et de vote par procuration ou le document unique » comportant les deux. De son côté, l'avis de réunion doit seulement donner « une description claire et précise des procédures que les actionnaires doivent suivre pour participer et voter à l'assemblée, en particulier les modalités de vote par procuration, par correspondance ou par voie

³⁷⁰ Art. 119 du chapitre relatif à la transparence des sociétés, loi n° 2003-706 du 01.08.2003, JORF n° 177, 02.08.2003, p. 13220.

³⁷¹ Art. R. 225-73-1 al. 8 C. com., inséré par l'art. 5 D. n° 2010-684 du 23.06.2010 relatif aux droits des actionnaires de sociétés cotées, JORF, 25.06.2010.

³⁷² D. n° 2010-1619 du 23.12.10, JORF 26.12.2010, p. 11450.

³⁷³ A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés*, Dalloz commenté, 2015, comm. ss art. R. 225-73 C. com.

électronique » (R. 225-73 I 1° C. com.), l'adresse du site internet où les documents nécessaires sont accessibles devant bien entendu être communiquée. L'article R. 225-73-1 reprend encore la directive lorsqu'il énonce la procédure à suivre en cas de défaillance technique. Ainsi, « lorsque, pour des raisons techniques, ces formulaires ne peuvent être rendus accessibles sur son site internet, la société indique sur celui-ci les lieux et conditions dans lesquels ils peuvent être obtenus ». L'alinéa 7 en question poursuit en imposant aux sociétés, comme l'exigeait la directive, le cas échéant, de les envoyer à ses frais « à tout actionnaire en faisant la demande ». Ces précautions sont intéressantes, car involontairement révélatrices de la supériorité du droit de vote sur le droit à l'information. L'unique raison technique susceptible de rendre ces formulaires inaccessibles sur le site internet est un problème de serveur informatique. Toutes les autres raisons imaginables concerneraient tant la diffusion par voie électronique que la conception de ces formulaires et ne seraient pas invocables, car d'une manière ou d'une autre, ces formulaires doivent être mis à la disposition des actionnaires. Les formulaires mis en ligne sont absolument identiques à ceux envoyés par voie postale. Une telle défaillance technique, quelle qu'en soit son origine (panne, surcharge, attaque, etc.), rendrait l'ensemble du site internet inaccessible, donc inaccessible aussi l'ensemble des informations énumérées à l'article R. 225-73-1 C. com.

Deux interrogations subsistent toutefois dans l'hypothèse peu vraisemblable d'une défaillance persistante du site internet de la société. Premièrement, comment ce même site internet inopérant est-il censé donner « les lieux et conditions dans lesquels [les formulaires de vote et de procuration] peuvent être obtenus » ? Secondement, pourquoi l'article R. 225-73-1 C. com. se prive-t-il d'imposer à la société de transmettre à l'actionnaire se manifestant les autres informations normalement disponibles sur le site internet ? L'honnêteté conseillerait de joindre aux formulaires la convocation à l'assemblée contenant le texte définitif des projets de résolution, quitte à attendre le 15^e jour pré-assemblée, date limite de publication de l'avis de convocation.

b. Conséquences de la publication en ligne sur le contrôle des participations

141. Pour certains auteurs, la publication en ligne des adjonctions à l'ordre du jour emporte des effets juridiques relatifs à la preuve « de la possession ou de la représentation de la fraction du capital exigée » (art. R. 225-71 al. 5 C. com.). L'alinéa 6 dudit article impose une nouvelle attestation de participation au deuxième jour ouvré précédant l'assemblée

générale³⁷⁴. Or il est possible qu'une partie des actionnaires demandeurs se désistent entre ces deux dates, ne serait-ce qu'en vendant leurs participations personnelles, et que la tranche de capital exigé ne soit plus réunie. La question s'est posée de savoir si les adjonctions devaient toutefois être examinées en séance si les actionnaires demandeurs restants³⁷⁵ parvenaient à réunir le capital nécessaire. Sur ce point, certains choisissent comme critère déterminant le fait que les adjonctions aient ou n'aient pas encore été publiées sur le site internet de la société³⁷⁶. Les auteurs estiment que si le désistement – c'est-à-dire la perte temporaire de la fraction du capital exigée – a lieu avant la publication en ligne de l'ordre du jour modifié³⁷⁷, « la demande ne remplit plus les conditions et aucune inscription n'est à porter à l'ordre du jour, même si les actionnaires restants acquièrent ultérieurement des titres leur permettant d'atteindre la fraction exigée ». *A contrario*, poursuivent-ils, « si la publication sur le site est déjà intervenue, l'ordre du jour est intangible et le débat en assemblée doit avoir lieu, sauf si la nouvelle attestation présentée trois jours avant l'assemblée n'est pas conforme, c'est-à-dire si *les seuls actionnaires restants* ne représentent plus `dans les mêmes comptes´ la fraction exigée du capital »³⁷⁸.

Cette position est intéressante, car elle consacre à l'information en ligne une valeur que le législateur n'a pas osé lui donner. En effet les informations publiées en ligne ont tant d'importance qu'aucune d'elles ne doit être retirée avant la fin de l'assemblée. De toute évidence, le site internet doit cumuler des informations, et les présenter de préférence de manière thématique et chronologique. L'interdiction de retirer une information n'exclut pas la publication en ligne d'informations contradictoires, comme dans l'hypothèse (courante) d'un erratum par exemple, tant que l'information à corriger est exactement rappelée, voire que l'actionnaire peut y être redirigé directement par un lien. De même, le site internet de la société peut publier en ligne un ordre du jour explicitement modifié une première fois en réaction aux demandes d'adjonction réunissant (temporairement), au jour de la demande, les

³⁷⁴ Cf. art. 1^{er} D. n° 2014-1466 du 08.12.2014, JORF 26 déc. 2010, p. 22701 ; v. *infra*, « La date d'enregistrement », § 338.

³⁷⁵ Il est clair qu'une fois le délai de réception des demandes d'adjonction dépassé, les actionnaires restants ne peuvent plus faire appel à d'autres actionnaires pour réunir la fraction de capital nécessaire, quand bien même ces derniers seraient en mesure d'attester a posteriori de la détention du capital exigé aux deux dates.

³⁷⁶ A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés*, Dalloz commenté, 2015, comm. ss art. R. 225-71 C. com.

³⁷⁷ Les auteurs citent entre parenthèses « le délai de vingt-et-un jours avant l'assemblée imposé par la directive européenne ». Or l'on a vu que ce délai est juridiquement indépendant du délai de publication des propositions des actionnaires, qui ne font pas partie des informations listées dans le premier alinéa de l'article R. 225-73-1 C. com. L'on peut toutefois il est vrai s'y référer, car, dans l'absolu, les demandes arrivant au plus à J-25, elles sont publiées « sans délai », c'est-à-dire, le temps d'en contrôler la substance et la régularité, *a priori* dans les 4 jours suivants, soit avant J-21.

³⁷⁸ A. LIENHARD *et al.*, *loc. cit.* note 376.

conditions requises, puis une seconde fois si les attestations de possession du capital ne sont pas réunies à J-2. En aucun cas, les anciennes publications ne peuvent être retirées. Le fait de porter modification des informations publiées sur le site internet de la société sans en annoncer ni la substance ni la portée est une négligence susceptible de tromper l'actionnaire. Cette négligence peut, *in concreto*, mener à la nullité des résolutions votées. Aussi les auteurs ont-ils raison de souligner qu'une fois publiés sur le site internet de la société, les projets de résolution des actionnaires doivent faire l'objet d'un vote et les points à l'ordre du jour l'objet d'une discussion – si, bien sûr, les conditions légales sont réunies à J-2. Une fois publié, l'ordre du jour n'est pas parfaitement « intangible », mais cette dernière version publiée pourra être considérée comme applicable à la prochaine assemblée.

142. Cette distinction de la doctrine tire cependant les conclusions justes d'un problème qu'elle cause elle-même. La loi exige seulement que les actionnaires demandeurs puissent attester à deux moments précis de la possession d'un pourcentage de capital minimum : au jour de la demande (ainsi que le reconnaissent les mêmes auteurs³⁷⁹, et non au jour approximatif de la publication), puis à J-2. L'impératif de légitimité des résolutions proposées par les actionnaires n'exige pas une possession ininterrompue par tous les actionnaires de leur capital, que seul le dépôt des actions permettrait d'assurer. Or la directive « actionnaires » a délibérément fait le choix de refuser le dépôt d'actions en période pré-assemblée pour l'exercice des droits qui leur sont attachés. La distinction présentée est une construction doctrinale aux intérêts sous-jacents ambigus.

Il y aurait plutôt lieu de se demander comment l'on peut arriver, au sein d'une société anonyme, à une telle situation. Seuls les dirigeants et les membres de l'administration peuvent mettre en doute la validité des demandes d'adjonction non encore publiées, puisque ces dernières sont adressées au siège social (R. 225-71 al. 1^{er} C. com.). Comment en viennent-ils à savoir que la fraction de capital exigée n'est plus réunie en raison du désistement de certains actionnaires, entre le moment où ils reçoivent les attestations de détentions suffisantes et le moment où ils devraient publier les adjonctions sur le site internet de la société, *a fortiori* quand cela doit avoir lieu « sans délai » ? Il n'existe aucune obligation de notification de désistement ou de cession du capital en cas de participation à une demande d'adjonction à l'ordre du jour. La deuxième attestation de détention à J-2 permet justement d'assurer la légitimité des propositions de résolutions et des points à débattre. Le risque est évidemment le

³⁷⁹ A. LIENHARD *et al.*, *loc. cit.* note 376.

suivant : les propositions de résolutions peu plaisantes pour la direction verront leur publication en ligne retardée en cas de rumeurs de cessions d'actifs ou de désistements, tandis que les mouvements de capitaux des actionnaires exerçant leurs droits en assemblée seront contrôlés. Sur la base de cette distinction doctrinale, une demande d'adjonction de projets de résolution ou de points à l'ordre du jour pourrait être refusée en raison de rumeurs. Quand bien même la société obtiendrait – légalement et dans les plus brefs délais – la preuve que le capital exigé n'est plus réuni avant la publication en ligne, en quoi cette solution guère transparente est elle plus juste que la publication des adjonctions, puisqu'au final, c'est le filtre légal de J-2 qui assure la légitimité des demandes ?

143. Aussi intéressante soit-elle quant à ses implications relatives à la publication d'informations sur le site internet de la société, la distinction doit être rejetée. Elle offre un pouvoir de contrôle aux dirigeants non prévu par le règlement, qui prévoit un mécanisme juste, *a priori* suffisant et assurément proportionné, celui de la vérification des participations à J-2. Aussi les demandes d'adjonction de projets de résolution et de points à l'ordre du jour doivent-elles être publiées dès qu'elles arrivent à la société dans les délais et dès lors qu'elles sont accompagnées des attestations de possession de titres.

2. Droit allemand

144. Le droit des actionnaires minoritaires d'influencer le contenu de l'ordre du jour (*Tagesordnung*) de l'assemblée générale de sociétés allemandes est organisé en deux branches. La première consiste en la faculté d'exiger l'inscription de points (*Tagesordnungspunkte*) ou de projets de résolution (*Beschlussvorlage*) à l'ordre du jour. Plus précisément, la loi parle de l'ajout d'articles à l'ordre du jour (*Gegenstände der Tagesordnung*³⁸⁰), chacun devant être accompagné, soit d'une justification (*Begründung*), soit d'un projet de résolution (§ 122 II 2 AktG). Il est ici question des demandes d'adjonction (*Ergänzungsverlangen*) sur un modèle similaire à celui connu en droit français et européen. La seconde branche constitue un droit de contestation envers une ou plusieurs propositions de l'administration, c'est un droit de contre-proposition (*Gegenanträge*, § 126 AktG). Uniquement centré sur l'information des actionnaires de l'existence d'une opposition contre

³⁸⁰ § 122 II AktG, modifié par l'ARUG de 2009 en application de la directive « actionnaires » pour introduire la possibilité d'insérer des points à l'ordre du jour sans propositions de résolution.

des propositions de l'administration³⁸¹, il est considéré comme le « petit frère » du droit aux demandes d'adjonction³⁸², bien qu'il s'agisse de droits absolument différents³⁸³.

Dans les deux hypothèses, des procédures sont prévues pour informer les actionnaires de la modification de l'ordre du jour.

a. Les demandes d'adjonction à l'ordre du jour

145. Si les conditions formelles comme matérielles de droit allemand sont réunies, le directoire doit insérer les points et/ou projets de résolution à l'ordre du jour et en informer les actionnaires. Il peut sinon les insérer s'il estime disposer de suffisamment d'éléments pour croire en la régularité de la demande, voire faire sienne la demande d'ajout si les conditions ne sont pas parfaitement réunies. L'information des actionnaires en réponse à la réception d'une demande d'adjonction régulière fait l'objet d'un paragraphe entier de l'*Aktiengesetz*, ainsi que de prescriptions aux différents paragraphes consacrés à la chaîne d'information en période de convocation de l'assemblée générale³⁸⁴.

146. Le § 124 AktG dispose que l'information doit avoir lieu directement avec la convocation ou « immédiatement après réception de la demande ». Un délai de contrôle est évidemment laissé au directoire, notamment en cas de doute sur la régularité de la demande et dans la crainte d'un abus de droit³⁸⁵.

Un premier renvoi est fait au paragraphe § 121 IV AktG relatif à la publication au bulletin d'annonce légale (*Gesellschaftsblättern*, c'est-à-dire au moins au *Bundesanzeiger*³⁸⁶). Si toutes les actions revêtent la forme nominative, l'information peut être menée par une lettre recommandée à chacun des actionnaires, auquel cas le jour de l'envoi est considéré comme le jour de l'information. Il est ensuite fait référence au § 121 IVa AktG relatif à la publication pour les sociétés cotées des nouvelles informations dans des médias dont on puisse raisonnablement attendre une diffusion dans l'ensemble de l'Union européenne, soit en pratique au *Bundesanzeiger*. Enfin le § 124 I 3 AktG poursuit que la publication et la

³⁸¹ O. RIECKERS, in G. SPINDLER, E. STILZ, *Kommentar zum Aktiengesetz*, 2010, « § 126 AktG », § 1.

³⁸² D. KUBIS, *op. cit.* note 363, « § 126 AktG », § 1.

³⁸³ « *Denn mit dem Minderheitenrecht, originär Gegenstände zur Beschlussfassung einer Hauptversammlung zu machen (§ 122 Abs. 2 AktG), hat das hier behandelte Gegenantragsrecht nichts zu tun.* » in, U. NOACK, « Das neue Recht der Gegenanträge nach § 126 AktG », *BB*, 2003, p. 1393.

³⁸⁴ Le régime juridique de la publication des demandes d'adjonction est relativement lourd et connaît de larges exceptions, notamment quant aux demandes liées à un article de l'ordre du jour ou ne comprenant pas de projet de résolution (cf. § 124 IV AktG), dont la présentation dépasserait le cadre de cette étude.

³⁸⁵ Cf. D. KUBIS, *op. cit.* note 363, « § 122 AktG », § 38.

³⁸⁶ V. *supra*, § 112.

transmission de l'information doit être faite de la même manière que pour la convocation. L'information peut donc être transmise par voie électronique selon les mêmes modalités³⁸⁷.

Notons que les statuts ne peuvent alléger ou conditionner le régime de l'information des actionnaires concernant l'ajout de points ou de projets de résolution à l'ordre du jour, notamment quant à la forme. *A contrario*, les commentateurs acceptent largement un alourdissement de la forme des communications, tel qu'une clause statutaire prévoyant en plus de la publication légale une information par lettre aux actionnaires au nominatif en cas d'adjonction à l'ordre du jour³⁸⁸. Ils estiment enfin à juste titre que les éventuelles dispositions statutaires consacrées à la forme de la transmission de la convocation s'appliquent par extension aux communications des informations relatives aux adjonctions à l'ordre du jour.

La sanction en cas d'information non régulière des actionnaires est la nullité des résolutions votées (§ 124 IV 1 et § 243 AktG³⁸⁹), à moins que tous les actionnaires aient été présents ou représentés à l'assemblée et qu'aucun ne souhaite les contester (§ 121 VI AktG).

147. *Le § 124a 2 AktG* impose quant à lui aux sociétés cotées de publier immédiatement après réception sur leur site internet les adjonctions régulières au sens du § 122 II AktG. Cela vaut expressément pour les demandes reçues après la publication de la convocation, dans laquelle elles sont alors insérées. La sanction au manquement de cette obligation est allégée par le § 243 III n° 2 AktG qui l'exclut des causes de nullité des résolutions votées³⁹⁰. Il faut entendre par manquement la publication incomplète voire erronée, ainsi que l'absence pure et simple de publication en ligne³⁹¹. Le fait, pour un membre du directoire, de ne pas communiquer les informations dans le cadre du § 124a AktG, ou de les communiquer de manière incomplète ou erronée, a été qualifié par l'ARUG comme une infraction (§ 405 IIIa 2 AktG) passible d'une amende dont le montant monte jusqu'à 25 000 euros (§ 405 IV AktG)³⁹².

³⁸⁷ V. *infra*, § 242.

³⁸⁸ D. KUBIS, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 124 AktG », § 65 ; O. RIECKERS, *op. cit.* note 381, « § 124 AktG », § 2.

³⁸⁹ Cf. D. Kubis, *idem*, § 48.

³⁹⁰ RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 40.

³⁹¹ S. KALSS, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *id.*, « § 124a AktG », § 13.

³⁹² U. HÜFFER, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 4, 3^e éd., 2011, « § 243 AktG », § 111.

148. On constate la juxtaposition de deux régimes différents, l'un impliquant des médias officiels de communication financière et touchant à la régularité de projets de résolution, l'autre impliquant une communication plus personnelle de la société et n'engageant que la responsabilité des dirigeants. Cette distinction ne peut s'expliquer par le caractère électronique de l'information sur le site internet, *a priori* plus légère, car le *Bundesanzeiger* n'est plus distribué qu'en ligne depuis 2012. La nouveauté de l'obligation de publication sur le site internet de la société ne saurait non plus justifier un allègement de peine. La différence de sanction ne peut s'expliquer que par la garantie de stabilité et de traçabilité, c'est-à-dire, la force probante, l'opposabilité qu'offre le média officiel, contrairement au site internet « personnel » de la société.

b. Les contre-propositions

149. Les contre-propositions régulières – et ne faisant pas l'objet d'une des sept dérogations listées au § 126 II 1 AktG – doivent être publiées. Elles doivent l'être avec le nom de l'actionnaire qui en est l'auteur, une justification ne devant pas dépasser 5000 caractères ainsi qu'avec, le cas échéant, un avis du directoire. Notons que la publication de contre-propositions relatives à l'élection de membres du conseil de surveillance ou de commissaires aux comptes fait l'objet d'un autre paragraphe (§ 127 AktG), mais d'un régime singulièrement similaire.

150. Taille. Le § 126 II 2 AktG libère le directoire de l'obligation de publication de la justification si ce texte dépasse 5000 caractères. La dérogation est totale. Le directoire n'est pas contraint de publier les 5000 premiers caractères et libre de couper le surplus³⁹³, mais entièrement libéré de l'obligation de publication³⁹⁴. De 1966 à la TransPuG de 2002³⁹⁵, seules les justifications inférieures à 100 mots devaient être acceptées. Elles devaient, avec les contre-propositions, être communiquées au sens du § 125 AktG, c'est-à-dire directement aux actionnaires au nominatif ainsi qu'aux instituts financiers (et aux associations d'actionnaires) qui, de leur côté, devaient les faire parvenir aux actionnaires au porteur aux frais de la société (§ 128 AktG). Les envois avaient un coût que la limitation de volume cherchait à limiter. L'obligation de transmission (*mitteilen*) a été remplacée par une obligation de publication

³⁹³ Contrairement à ce qu'affirme H. ZIEMONS, in K. SCHMIDT, M. LUTTER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2010, « § 126 AktG », § 12, p. 1723.

³⁹⁴ G. REGER, in T. BÜRGERS, T. KÖRBER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2011, « § 126 AktG », § 24, p. 1031 ; O. RIECKERS, *op. cit.* note 381, « § 126 AktG », § 42.

³⁹⁵ Entrée en vigueur le 01.01.2003.

(*zugänglich machen*), permettant ainsi à la société de limiter les frais relatifs à la convocation de l'assemblée, en l'obligeant en contrepartie à publier 5000 caractères, soit un texte environ six à huit fois plus long. La crainte de sanctions, en l'absence de jurisprudence clarificatrice, amena certains à exclure les espaces du décompte³⁹⁶. Cette opinion était soutenue par le Professeur Noack, qui relevait : « *mit nichts lässt sich nichts ausdrücken* »³⁹⁷. Cette interprétation est à rejeter, aucun caractère ne pouvant être exclu sans justification particulière³⁹⁸.

151. Site internet de la société. Le législateur a pris soin de préciser que la publication pouvait être faite sur le site internet de la société, et que cette seule publication était même suffisante³⁹⁹. Cette décision, prise en 2002 alors même que tous les actionnaires ne disposaient pas encore d'un accès internet, a toutefois considérablement élargi le cercle des destinataires, en particulier les actionnaires étrangers et les détenteurs de parts de fonds, qui ne recevaient souvent pas les communications en question⁴⁰⁰. En pratique, les contre-propositions sont très largement publiées sur internet, sans que soient observées des restrictions d'accès aux seuls actionnaires⁴⁰¹. D'aucuns estiment que la publication sur le site internet de la société est obligatoire pour les sociétés cotées, et facultative pour les sociétés non cotées, qui peuvent toujours avoir recours aux voies traditionnelles d'information (publication dans un bulletin d'annonce, envoi personnel si l'ensemble des actionnaires est connu de la société, ou dans le cadre des communications des §§ 125 et 128 AktG)⁴⁰². Cette obligation, non évidente en droit allemand, peut être tirée de l'article 6 § 4 de la directive concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées, prescrivant une information des actionnaires en cas de modification de l'ordre du jour selon les mêmes modalités que pour la distribution de l'ordre du jour précédant. L'article 5 § 4 dudit texte impose une publication sur le site internet de la société de la convocation contenant un projet d'ordre du jour ainsi que la publication des projets de résolution et les commentaires des

³⁹⁶ S. MUTTER, « Gegenanträge – was sind 5000 Zeichen ? », *ZIP*, 39/2002, p. 1759.

³⁹⁷ « On n'imprime rien avec du vide », U. NOACK, « Das neue Recht der Gegenanträge nach § 126 AktG », *BB*, 2003, p. 1394.

³⁹⁸ L'élément déterminant est la place que prend l'information, non sa nature ou sa qualité. Un espace entre deux mots prend environ autant de place qu'un caractère alphanumérique ou de ponctuation. Une interprétation excluant les espaces – bien que favorables aux actionnaires – n'est donc pas justifiée ; G. REGER, *loc. cit.* note 394 ; O. RIECKERS, *op. cit.* note 381, « § 126 AktG », § 41.

³⁹⁹ RegE TransPuG, BT-Drs. 14/8769, 11.04.2002, p. 20.

⁴⁰⁰ RegE TransPuG, BT-Drs. 14/8769, 11.04.2002, p. 20.

⁴⁰¹ U. NOACK, « Neue Entwicklungen im Aktienrecht un moderne Informationstechnologie 2003...2005 », *NZG*, 2004, p. 299.

⁴⁰² H. ZIEMONS, *op. cit.* note 393, § 20, p. 1722.

points ne faisant pas l'objet d'un vote. Aussi la directive impose-t-elle la publication en ligne de toute modification de l'ordre du jour et, incidemment, des contre-propositions de droit allemand.

152. Sanction. À ceux qui s'interrogent sur le fait que la publication en ligne des contre-propositions ne soit pas évoquée au § 124a AktG relatif à certaines obligations de publication sur le site internet de la société préalablement à l'assemblée, le législateur répond que l'existence de sanctions différentes en cas de manquements à ces obligations justifie des régimes différents, donc des paragraphes propres⁴⁰³. En effet, alors que le manquement à l'obligation de publication dans le cadre du § 124a AktG constitue une infraction punie par une amende (§ 405 IIIa AktG, et non une cause de nullité des résolutions, § 243 III n° 2 AktG), le manquement à l'obligation de publication des contre-propositions du § 126 AktG justifie une action en nullité des résolutions votées (§ 243 I et IV AktG).

C) Publication des réponses aux questions écrites

153. L'article 9 § 1 de la directive « actionnaires » de 2007 pose tant le droit de chaque actionnaire de « poser des questions concernant les points inscrits à l'ordre du jour d'une assemblée générale », que l'obligation pour la société de répondre « aux questions qui lui sont posées ». La directive s'est concentrée sur le droit aux questions écrites, non sur les questions orales en séance, car il concerne tout particulièrement les actionnaires non-résidents et incite à la communication entre la société et ces actionnaires, souvent majoritaires en France comme en Allemagne. Une première version de l'article 9 prévoyait que la société doive répondre avant l'assemblée, ce qui n'est pas le cas dans la version définitive, comme s'en félicite l'ANSA⁴⁰⁴.

Le n° 2 dudit article précise l'obligation de la société, et y apporte ce que l'on peut appeler des réserves. Ainsi les États peuvent prendre, ou autoriser les sociétés à prendre des mesures « afin de s'assurer de l'identification des actionnaires, du bon déroulement des assemblées générales et de leur préparation, ainsi que de la protection de la confidentialité et

⁴⁰³ RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 30.

⁴⁰⁴ ANSA, « Proposition de directive du Parlement et du Conseil sur l'exercice du droit de vote des actionnaires », n° 06-018, mai 2006, p. 5 ; ANSA, « Projet de directive », n° 07-008, mars 2007, p. 3.

des intérêts commerciaux des sociétés »⁴⁰⁵. Plusieurs questions peuvent ensuite obtenir une réponse commune et globale.

154. Enfin, la directive laisse aux États la possibilité de prévoir que « la réponse est réputée avoir été donnée si l'information demandée est disponible sous la forme de questions-réponses sur le site internet de la société ». Deux remarques s'imposent. Tout d'abord, les réponses aux questions peuvent avoir lieu préalablement à l'assemblée. En plus de permettre à la société de mieux s'organiser et, par exemple, de rassurer l'actionnariat en prévision d'une assemblée houleuse, cela présente l'avantage pour les actionnaires, non de clore la discussion, mais au contraire de rebondir sur la réponse donnée par écrit lors des débats en séance. Ensuite, la transparence est récompensée par des allègements de procédure. La directive désigne une fois encore le site internet de la société comme plate-forme d'échange entre la direction et les actionnaires, et plus particulièrement comme point d'information.

155. Encouragées par le législateur, les sociétés anonymes font de leur site internet la première source d'information pour l'actionnaire. En effet, « les réformes se succèdent pour conférer une véritable portée informative aux informations qu'elles publient sur leur site internet »⁴⁰⁶. Reste à définir à quel point la société est libérée de l'obligation d'informer ses actionnaires en séance lorsqu'elle publie des informations sur son site internet avant l'assemblée générale. La réponse du droit français est simple et s'inscrit dans la logique de la directive européenne (1). L'adaptation du droit allemand au droit communautaire est plus complexe. Le droit de l'actionnaire de poser des questions écrites préalablement à l'assemblée n'est pas ancré dans le droit allemand, comme nous le verrons dans de futurs développements⁴⁰⁷. Pour autant, la société est autorisée à publier des informations préalablement à l'assemblée afin d'être libérée de certains sujets en séance (2).

⁴⁰⁵ Les restrictions à l'obligation de réponse sont donc de deux ordres. Les premières relèvent de la protection de l'intérêt social, les secondes sont d'ordre organisationnel. L'intérêt social est protégé lorsque l'on impose à celui qui questionne de s'identifier, lorsque que l'on permet à la direction d'invoquer les secrets industriels et commerciaux. Cette protection est tournée vers l'extérieur. Parallèlement, l'organisation de la société est allégée lorsque le bon déroulement de l'assemblée générale est garanti. Les questions écrites font l'objet d'une lecture durant l'assemblée. Un temps de réponse non négligeable y est consacré. Il est nécessaire de rassembler les questions pour éviter des répétitions – toutefois bien souvent inévitables en séance face aux interrogations des actionnaires les plus hardis.

⁴⁰⁶ M. ROUSSILLE, « Internet au service du formalisme des assemblées sociétaires », *Dr. sociétés*, janv. 2012, rep. 1.

⁴⁰⁷ V. *infra*, « L'écrit mis en doute », § 217.

1. Droit français : réponse en ligne, réponse en salle

156. Le rapport Mansion de 2005, qui recommandait déjà de « synthétiser de façon pertinente les questions écrites et leurs réponses et [de] les regrouper par thèmes », n'évoquait cependant pas la faculté de refuser de répondre en séance à des questions dont les réponses auraient été publiées en ligne sur le site internet de la société préalablement à l'assemblée⁴⁰⁸. Cette solution n'est apparue dans le projet de directive européenne qu'en juin 2006⁴⁰⁹. Une ordonnance de 2010⁴¹⁰ transposa tardivement en droit français la possibilité pour la société de procéder à une réponse commune lorsque les questions présentent le même contenu. Elle ajouta enfin un 4^e alinéa à l'article L. 225-108 C. com. qui, dans une formulation très proche de celle de la directive, dispose que « la réponse à une question écrite est réputée avoir été donnée dès lors qu'elle figure sur le site internet de la société dans une rubrique consacrée aux questions-réponses ». La nouvelle ordonnance encadre donc l'obligation de réponse de la société cotée comme non cotée⁴¹¹. Mais c'est bien l'AMF qui souleva le problème le plus pertinent, en s'interrogeant sur les finalités de la publication en ligne.

157. Le rapport Lafarge de 2012 estime que « cette facilité légale ne doit cependant pas constituer pour le président (ou le bureau s'il est sollicité) un prétexte pour éluder un débat sur la même question, si un ou plusieurs actionnaires en font la demande en séance »⁴¹². Selon le même texte, le président peut se « dispenser de l'obligation de lecture en séance de la réponse du conseil », « sauf demande particulière d'un actionnaire présentée oralement ». L'AMF place ainsi les questions orales, et plus généralement le débat en séance au-dessus des questions écrites précédant l'assemblée. Bien que ni juste ni fausse, cette interprétation doit être saluée. La mesure a clairement pour intention de limiter la longueur des séances de lecture (potentiellement rébarbatives) et, plus généralement, d'alléger la réunion sans entraver pour autant l'information des actionnaires. Si la réponse est « réputée avoir été donnée », c'est pour ne pas avoir à être répétée. L'on connaît déjà cette formule grâce à l'article L. 225-107 II

⁴⁰⁸ AMF, *Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France*, Rapport Y. MANSION (dir.), 06.09.2005, p. 33.

⁴⁰⁹ Projet de rapport du Parlement européen, Commission des affaires juridiques, n° 2005/0265(COD), PE 374.442v01-00, 14.06.2006, Amendement n° 27, p. 15/25.

⁴¹⁰ L'article 162 al. 3 de la loi de 1966, introduit en 1984, puis codifié à l'article L. 225-108 al. 3 C. com. en 2000, fut complété en 2010 par l'art. 5 ord. n° 2010-1511 du 09.12.2010, JO 10.12.2010, p. 21612 ; sur la distinction entre le décret de décembre 2006 et l'ordonnance de 2010, v. *infra*, § 210.

⁴¹¹ B. LECOURT, « Directive [actionnaires] : suite et fin de la transposition par la France », *Rev. sociétés*, 2011, p. 130.

⁴¹² AMF, *Les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées*, Rapport O. POUPART LAFARGE (dir.), 07.02.2012, p. 11.

C. com., disposant que les actionnaires participant en ligne sont « réputés présents » pour le calcul des quorums. On la connaît aussi grâce aux nombreuses mises en garde quant aux clauses contraires « réputées non écrites ». Elle est, au demeurant, celle utilisée dans la version française de la directive « actionnaires »⁴¹³.

La formule permet de transposer un effet juridique défini pour une certaine situation de fait à une autre situation *a priori* contradictoire. La formule affecte à une situation de fait des propriétés juridiques considérées comme différentes de ses caractéristiques physiques⁴¹⁴. Ainsi, la clause est juridiquement non écrite, bien que réelle et lisible ; l'actionnaire est juridiquement présent, bien qu'absent physiquement. Selon le même schéma, il faut considérer que la réponse est juridiquement donnée, bien que non lue en séance.

Contrairement à l'impression qui pourrait ressortir du rapport Lafarge, l'on n'est pas face à une sorte de présomption que la simple manifestation d'un actionnaire viendrait renverser. La société est bien libérée de toute obligation de lecture si une réponse à une question écrite a été publiée en ligne préalablement à la tenue de l'assemblée. Le bureau, responsable du bon déroulement de l'assemblée, peut refuser toute question apparemment similaire à une question écrite et à laquelle la réponse serait identique. Encore faut-il que ce refus ne sonne pas comme une provocation. Face à une question orale mal tournée d'un actionnaire et confronté au risque d'une incompréhension, le président du conseil ou du directoire sera bien avisé de contenter le questionneur, ne serait-ce qu'en reprenant en quelques mots une réponse déjà donnée par écrit. Le rapport Lafarge rappelle à raison qu'afin d'éviter tout débordement, ou de donner l'impression que le conseil cherche à fuir ses responsabilités, la réponse à « une question particulièrement attendue, même si elle a déjà été traitée et publiée sur le site internet de la société », peut faire l'objet d'une lecture en séance⁴¹⁵.

2. Droit allemand

158. Le droit allemand a longtemps privilégié l'oralité des questions comme des réponses, et considéré que le droit aux renseignements (*Auskunftsrecht* - § 131 AktG) s'exerçait en

⁴¹³ D'autres versions de l'article 9 dir. « actionnaires », en raison d'expressions très similaires, ne permettent pas d'en tirer une autre interprétation : « ... *an answer shall be deemed to be given if...* », « ... *eine Frage als beantwortet gilt, wenn...* ».

⁴¹⁴ Elle n'est pas sans rappeler la définition informatique du terme « virtuel » : « *INFORMAT. Se dit des éléments (terminaux, mémoire...) d'un système informatique considérés comme ayant des propriétés différentes de leurs caractéristiques physiques* » (*GDEL*) [cnrtl.fr].

⁴¹⁵ Rapport O. POUPART LAFARGE, *op. cit.* note 412, p. 15.

séance. En effet, les renseignements sont par principe à donner durant l'assemblée. Ce principe connaît quelques tempéraments, faisant l'objet d'une énumération exhaustive. La réponse peut par exemple être publiée sur le site internet de la société. Le directoire de droit allemand est ainsi libéré de son obligation de renseignement au cours de l'assemblée si une réponse à la question posée est accessible sur le site internet de la société depuis au moins sept jours avant le commencement ainsi que durant l'assemblée (§ 131 III 7 AktG). Le directoire peut ainsi publier des informations en ligne de son propre fait ou sur demande des actionnaires. Il n'y est en aucun cas contraint⁴¹⁶. Ces mêmes réponses peuvent sinon, voire aussi, être donnée durant l'assemblée sur des documents papiers ou des terminaux, ce qui libère en théorie la société d'une publication en ligne durant l'assemblée (c). Des doutes ont toutefois été émis sur l'effectivité des réponses écrites en ligne à l'assemblée (a), alors que les modalités de publication des questions comme des réponses restaient à définir (b).

a. L'effectivité des réponses écrites en ligne

159. Les réponses écrites servent avant tout, selon le législateur, à libérer le directoire de la lecture indigeste d'informations en séance. Sont donc par nature considérées les informations classiquement demandées telles que les statistiques, les listes, bordereaux, ou autres formalités. Le législateur rappelle que la lecture de telles informations fait perdre un temps précieux et décourage même les actionnaires de participer aux assemblées⁴¹⁷. Si le directoire est libre de publier sur le site internet des informations non requises, la doctrine invite encore à la prudence, voire à la retenue. L'effectivité des réponses à des questions de fond est mise en cause⁴¹⁸. Ces réponses offrent aux actionnaires la possibilité de rebondir et poser des questions plus détaillées et complexes⁴¹⁹. Il est vrai que la différenciation durant l'assemblée entre une question transmise par écrit et une question reformulée, affinée et posée à l'oral est une entreprise difficile et risquée⁴²⁰. L'opportunité d'une publication en ligne de réponses sept jours avant le commencement de l'assemblée est à apprécier *in concreto*.

⁴¹⁶ « Eine solche [Auskunft] ist vielmehr rein freiwilliger Natur. Sie kann nach Ermessen des Vorstands aus eigener Veranlassung oder als Antwort auf vorab gestellte Aktionärsfragen erfolgen. » in, D. KUBIS, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 131 AktG », § 135aa ; RegE UMAG, n° 15/5092, 14.03.2005, p. 17.

⁴¹⁷ RegE UMAG, *idem*, p. 17.

⁴¹⁸ U. HÜFFER, *Aktiengesetz*, C.H. Beck, 11^e éd., 2014, « § 131 AktG », § 32a.

⁴¹⁹ F. DRINHAUSEN, in W. HÖLTERS, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2014, « § 131 AktG », § 30 ; M. SIEMS, in G. SPINDLER, E. STILZ, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2010, « § 131 AktG », § 52.

⁴²⁰ D. KUBIS, *op. cit.* note 416, « § 131 AktG », § 139 ee.

L'impératif de publication en ligne durant 7 jours avant l'assemblée afin de libérer le directoire de son obligation de réponse en salle est trop lourd. Ce délai ne permet pas de répondre aux questions de fond, mais seulement de publier des documents et informations déjà préparés et à la disposition du directoire. En assurant aux actionnaires le temps de prendre connaissance des informations, tout en obligeant le directoire à répondre de vive voix, on crée un délai contreproductif. Les directoires seront en effet peu disposés à publier « gracieusement » des informations qui ne leur permettront pas de se libérer de répondre en séance.

b. Les modalités de publication en ligne

160. *Publication des questions.* Dans quelle mesure les questions des actionnaires doivent-elles être mises à disposition des autres actionnaires ? Le premier projet de loi UMAG expliquait que les questions écrites recevables devaient être publiées en ligne de manière permanente et devaient de plus être accessibles durant l'assemblée⁴²¹. Cette obligation n'a pas été reprise dans l'exposé des motifs du projet de loi définitif. Dès lors, les questions écrites ne doivent être publiées en ligne sur le site internet de la société que lorsque le directoire décide de publier les réponses correspondantes.

161. *Publication des réponses.* La doctrine est un peu plus disserte sur les modalités de publication en ligne des réponses que sur les modalités d'exercice du droit de poser des questions par écrit. Elle reprend toutefois largement l'exposé des motifs du projet de loi. Ce texte est en effet riche en informations. Il s'avance par exemple à définir la notion de site internet (*Internetseite*) comme un moyen d'information électronique, public et largement accessible, puis à en louer la clarté par rapport aux notions « *Internetauftritt* » (présence en ligne, site internet) et « *Webseite* » (site web)⁴²². Les rédacteurs du projet de loi précisent ainsi que la notion de site internet de la société, accompagnée de la notion « *zugänglichmachen* » (rendre accessible) implique que l'accès public et général à l'information ne peut faire l'objet de restrictions d'aucune sorte, telles que l'utilisation d'appareils, d'un fournisseur d'accès ou de programmes particuliers.

⁴²¹ RefE UMAG, janv. 2004, p. 28.

⁴²² « *Internetseite* : ein öffentlich allgemein zugängliches elektronisches Informationsmedium », RegE UMAG, n° 15/5092, 14.03.2005, p. 17.

162. Le législateur estime ensuite qu'une fois sur le site internet de la société, l'actionnaire droit trouver les réponses « sans chercher » et « sans problème », soit directement, soit grâce à des liens évidents vers la page suivante. Un lien vers une page « Relations investisseurs », « Assemblée générale », ou « Actionnaires » est jugé suffisant s'il amène le lecteur de manière logique aux questions réponses⁴²³. Pour certains, l'éventualité d'un téléchargement pour la consultation des réponses n'est pas rejetée si la société met à disposition du visiteur sur la même page un logiciel gratuit à cette fin⁴²⁴. Un fichier sous format courant (Word, PDF, etc.) peut en effet être mis à la disposition des actionnaires, qui apprécieront de pouvoir procéder plus aisément à une impression. Bien que représentant une aide évidente, l'indication du lien où trouver les éventuelles réponses écrites à venir n'est pas exigée dans la lettre de convocation.

163. Enfin, certains auteurs relèvent à raison que les commentaires auto-laudatifs de la société sont certes acceptables dans une certaine mesure d'un point de vue du droit des sociétés, mais qu'ils ne participent pas d'une bonne culture d'information⁴²⁵.

c. La publication durant l'assemblée

164. Le § 131 III 7 AktG exige que l'information soit accessible à tous les actionnaires, et durant l'intégralité de l'assemblée⁴²⁶. Si les réponses écrites publiées en ligne peuvent parfaitement être lues en séance, ce qui, après rappel des questions, est même à recommander pour certaines questions de fond⁴²⁷, cette lecture n'est pas suffisante.

A contrario, la doctrine estime que la seule publication en ligne préalable à l'assemblée ne satisfait pas à l'obligation d'accessibilité permanente durant la réunion. Certains jugent en effet que l'on ne peut attendre des actionnaires qu'ils disposent d'un accès mobile à internet leur permettant de consulter le site de la société durant l'assemblée, et encore moins qu'ils apportent avec eux à l'assemblée les appareils nécessaires⁴²⁸. Cette position, exagérée à dessein, justifie très bien que les réponses écrites soient consultables dans la salle de la réunion.

⁴²³ D. KUBIS, *op. cit.* note 416, « § 131 AktG », § 136 bb.

⁴²⁴ *Ibidem*.

⁴²⁵ D. KUBIS, *op. cit.* note 416, « § 131 AktG », § 135 aa.

⁴²⁶ RegE UMAG, n° 15/5092, 14.03.2005, p. 18.

⁴²⁷ Il faut rappeler que l'UMAG n'a jamais eu pour intention d'attenter au principe d'oralité des réponses ; cf. RefE UMAG, janv. 2004, p. 28.

⁴²⁸ D. KUBIS, *op. cit.* note 416, « § 131 AktG », § 138 dd.

165. Mais il n'est pas évident que le législateur ait pensé l'obligation de publication continue durant l'assemblée sur le site internet de la société comme un moyen d'information des actionnaires présents à l'assemblée.

Premièrement, à défaut d'explication exacte, force est d'admettre que cette solution est la seule envisageable. Une autre durée de publication des réponses en ligne ne peut tout simplement pas être approuvée. Une durée de publication plus courte, jusqu'au commencement de l'assemblée, n'apporte aucun avantage mais au contraire du travail en plus pour les sociétés dans les derniers instants de préparation de la réunion. Une publication jusqu'à la veille de l'assemblée n'a aucun sens et fait courir le risque que les actionnaires n'aient pas consulté les réponses. Une publication plus longue, continuant donc après l'assemblée, n'est en soi pas dérangeante, mais n'a de sens que si l'intégralité des débats en séance est transcrite et accessible. Les réponses aux premières questions écrites sans celles données aux éventuelles questions complémentaires en séance ne sont que des informations tronquées et sont de fait inutiles.

Secondement, les accès mobiles à internet étaient plutôt rares en 2005 et il n'est pas concevable que le législateur ait imaginé cette solution comme un mode généralisé et fiable d'information des actionnaires. Bien que la loi ne le prévoie pas explicitement, les actionnaires présents en salle doivent effectivement pouvoir consulter les réponses écrites préalablement publiées en ligne, non depuis leurs appareils mobiles, mais grâce à des versions imprimées, ou à des accès internet depuis des terminaux mis à la disposition des actionnaires. La forme de l'accès est libre, telle est la volonté du législateur⁴²⁹. Sans vouloir l'imposer, le gouvernement jugeait l'exposition des réponses sur des terminaux en séance tout particulièrement opportune quand elles ont déjà été publiées, avec les questions, sur le site internet de la société préalablement à l'assemblée⁴³⁰.

Deuxièmement, le maintien des réponses en ligne durant l'assemblée sert manifestement aux actionnaires non présents suivant l'assemblée à distance, et tout particulièrement à ceux participant à distance en ligne et en direct à travers une plate-forme

⁴²⁹ « Die Information muss nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich während der gesamten Hauptversammlung einerseits auf der Internetseite der Gesellschaft verfügbar und andererseits für die Hauptversammlungsteilnehmer allgemeinzugänglich sein. » in, RegE UMAG, n° 15/5092, 14.03.2005, p. 18.

⁴³⁰ RefE UMAG, janv. 2004, p. 28.

électronique, comme le relève d'ailleurs explicitement le gouvernement⁴³¹. C'est d'autant plus le cas quand cette plate-forme permet à l'actionnaire de poser des questions au directoire. L'accès permanent aux questions des autres actionnaires ainsi qu'aux réponses du directoire offre en effet un certain recul à l'actionnaire participant à distance lui permettant de poser des questions complémentaires pertinentes. Les questions peuvent être triées, rassemblées, voire résumées en séance par le *back-office*.

D) Publication des résultats des votes

166. Le considérant n° 13 de la directive « actionnaires » du 11 juillet 2007 invitait à assurer la transparence des résultats des votes après l'assemblée générale, « au moins sur le site internet de la société ». L'article 14 § 2 dir. « actionnaires » dispose en conséquence que, « dans un délai à fixer par le droit applicable, qui ne dépasse pas quinze jours après l'assemblée générale, la société publie sur son site internet les résultats des votes ». Rappelons que le champ d'application de la directive se limite aux sociétés cotées. Le résultat des votes, indépendamment de la nature des résolutions, y est donc considéré comme une information utile au public. Cette mesure impose un degré de transparence dans la société relativement élevé. Si la nécessité de la publication de la convocation en assemblée est évidente, la publication des résultats du vote est une information de nature financière en ce qu'elle n'intéresse que les marchés financiers, mais d'une valeur financière très aléatoire d'une résolution à l'autre. Cette publication sera de plus parfois redondante en ce que certaines des mesures votées devront faire l'objet d'une publication dans un bulletin d'annonce officiel ou au registre du commerce⁴³². Il ne s'agit manifestement pas, pour les auteurs de la directive, tant du contenu de la résolution que de la transparence du processus de vote, sur lequel la directive s'arrête à plusieurs reprises.

167. Le droit français laisse aux sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé quinze jours pour publier « un résultat des votes » (art. R. 225-106-

⁴³¹ « Dies ist auch für die Aktionäre von Bedeutung, die die Hauptversammlung online verfolgen oder sich während der Hauptversammlung einwählen, um Weisungen an den Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft zu erteilen oder evtl. noch abzuändern. » in, RegE UMAG, BT-Drs, 15/5092, 14.03.2005, p. 18.

⁴³² Par exemple, en cas d'augmentation de capital, art. R. 225-120 al. 4 C. com. (BALO), § 188 I AktG (*Handelsregister*) ; de certaines modifications statutaires art. R. 210-10 C. com. (RCS), § 181 AktG (*Handelsregister*) ; ou de nomination d'un administrateur art. R. 210-10 C. com. (RCS, en présence d'une clause statutaire), l'assemblée générale de droit allemand n'ayant pas cette compétence.

1 C. com.⁴³³) sur le site internet d'information de l'article R. 210-20 C. com. Les sociétés cotées de droit allemand ne disposent quant à elle que de sept jours pour publier les résultats (§ 130 VI AktG). Le contenu de la publication en ligne est précisément décrit en trois points dans les deux droits (art. R. 225-106-1 et § 130 II 2 AktG) et laisse apparaître des divergences.

Quand le droit français impose premièrement la publication du « nombre d'actionnaires présents ou représentés à l'assemblée », le droit allemand exige quant à lui le nombre d'actions pour lesquelles une voix a été validement exprimée. Quand le droit français impose deuxièmement « le nombre de voix des actionnaires présents ou représentés à l'assemblée », le droit allemand veut connaître le pourcentage du capital social représenté par les voix validement exprimées. Le droit français impose troisièmement le nombre total de voix exprimées pour chaque résolution, « en détaillant le nombre d'actions et la proportion du capital social qu'elles représentent, le nombre et le pourcentage de voix favorables à la résolution ainsi que le nombre et le pourcentage de voix défavorables à la résolution, y compris les abstentions ». Le droit allemand, moins exigeant en ce qu'il ne demande pas explicitement de pourcentage, exige que soit publié le nombre de voix pour et contre pour chaque résolution, ainsi que le nombre d'abstentions⁴³⁴.

168. L'AMF recommande la publication d'un compte-rendu des débats en séance dans les semaines suivant l'assemblée, mais rejette à juste titre la publication du procès-verbal de l'assemblée, auquel les actionnaires peuvent avoir accès sur demande (art. L-225-117 C. com.)⁴³⁵. Selon l'AMF, les émetteurs sont partagés sur la nécessité de publier un tel compte-rendu, d'autant plus lorsqu'ils proposent un enregistrement vidéo de la séance⁴³⁶.

⁴³³ Le placement de cette norme est riche en informations : l'article R. 225-106 C. com. est relatif au contenu ainsi qu'aux modalités de conservation du procès-verbal de l'assemblée.

⁴³⁴ Une caractéristique du droit allemand relative au décompte des votes en assemblée est susceptible de poser quelques difficultés. Le § 130 II 3 AktG autorise en effet le président de l'assemblée (*Versammlungsleiter*), lors du scrutin, à simplement constater que la majorité nécessaire à l'approbation ou au rejet du projet de résolution a été atteinte, si aucun actionnaire ne demande un décompte plus précis des voix. La question est donc de savoir si dans cette hypothèse de décompte simplifié (§ 130 II 3 AktG), le site internet peut se contenter de cette présentation quand bien même la lettre du § 130 VI AktG ne fait référence qu'à la présentation complète. Le problème n'a cependant que peu d'impact en pratique, ce décompte simplifié n'étant *a priori* applicable que dans les sociétés de petites tailles dans lesquelles une part significative du capital est représentée en assemblée. Les sociétés cotées adoptent généralement une méthode de soustraction des votes négatifs au nombre total des voix représentées en assemblée ; v. *infra*, § 539.

⁴³⁵ AMF, *Les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées*, Rapport O. POUPART LAFARGE (dir.), 07.02.2012, p. 17.

⁴³⁶ AMF, *Mise en œuvre des propositions du rapport de l'AMF de 2012 sur les assemblées générales d'actionnaires des sociétés cotées*, 11.02.2015, p. 31.

Conclusion intermédiaire

169. Le droit des sociétés tisse sa toile sur l'internet. Il utilise l'espace et la force de diffusion du média pour permettre une meilleure accessibilité de l'information en période pré-assemblée. Largement inspirés des dispositions impératives de la directive « actionnaires » de 2007, les droits français et allemand relatifs à la publication en ligne de la convocation et des documents afférents à l'assemblée générale sont au final très proches. Les transpositions de la directive ont apporté un faisceau de solutions communes claires relatives à la diffusion d'informations par les sociétés cotées, même si ce socle aisément transposable n'a pas empêché les droits nationaux de maintenir quelques spécificités.

C'est d'autant plus le cas en matière de communication électronique entre la société et ses actionnaires. Ce mode de communication, qui n'avait pas attendu la directive pour se développer en droit, comme en pratique, ne pouvait plus faire l'objet que d'une harmonisation *a minima*.

TITRE 2

-

LA COMMUNICATION ELECTRONIQUE ENTRE LA SOCIETE ET L'ACTIONNAIRE

170. La communication électronique devient petit à petit la norme. Les législations nationales comme européenne jouent à ce titre plusieurs rôles. Elles peuvent s'effacer et laisser la pratique fixer ses propres règles. Elles peuvent aussi sécuriser juridiquement des pratiques ayant lieu ou que seule la loi empêche de se développer par des dispositions tacitement ou explicitement restrictives. Elles peuvent de même inciter la pratique à faire évoluer ses modes de communication. Elles peuvent enfin imposer de tels changements.

La communication électronique entre la société anonyme et les actionnaires est orientée depuis le tournant du siècle par des politiques sans réelles lignes directrices. Le droit s'inspire des recommandations de professionnels craintifs flanqués d'un actionnariat peu revendicatif en la matière. Les revendications des parties prenantes devraient pourtant se recouper sur deux objectifs communs, au regard des spécificités et des qualités de la voie électronique, à savoir la simplicité et la rapidité.

171. Si la situation semble se stabiliser en l'absence de critiques, la marge de manœuvre pour simplifier l'utilisation de la voie électronique sans porter atteinte à la sécurité juridique est encore grande (Chapitre 1). « Même si des grains de sable peuvent enrayer la subtile machine construite par le décret avec l'aide des professionnels de la place de Paris, il faut bien reconnaître que la règle de droit a su aller très loin dans une relative mise en cohérence de ses dispositions rendue difficile par l'accélération du temps »⁴³⁷. Le processus d'accélération de la communication entre la société et les actionnaires n'est toutefois manifestement pas abouti. L'on relève en effet une certaine tension entre, d'une part, la

⁴³⁷ D. n° 2006-1566 du 11.12.2006, M. GERMAIN, « Technique et droit des sociétés : l'ubiquité des dirigeants et des actionnaires » in, X. LINANT DE BELLEFONDS (Études), *Droit et technique*, LexisNexis, 2007, p. 214.

complexité du calendrier de la période pré-assemblée et, d'autre part, les opportunités offertes par la voie électronique pour l'alléger (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 - DES MESURES DE SIMPLIFICATION PARTIELLEMENT ABOUTIES

172. En tant que mode de communication, la voie électronique mit un certain temps à s'imposer entre la société et ses actionnaires pour des raisons d'ordre tant comportemental que juridique. L'écrit électronique fut longtemps considéré moins important, plus facile à ignorer et donc moins sûr. Identification du correspondant, confidentialité de la messagerie électronique, sécurité juridique de l'écrit : nombreuses furent les questions ayant laissé la pratique française dans l'expectative, malgré une documentation relativement abondante en la matière⁴³⁸. Une série de décrets devait rassurer les sociétés sur l'étendue de leurs droits et obligations⁴³⁹. Au final, la communication électronique semble faire l'objet d'un traitement paradoxal par les textes de droit français. La retenue manifeste du pouvoir réglementaire transcrit tant les craintes des sociétés de perdre le contrôle sur les outils de communication, que sa propre crainte d'imposer de fait la voie électronique par des règles trop fermes. Le régime juridique du cyber-actionnaire est donc hétérogène : il laissera à l'actionnaire une totale liberté de choix, ou il le protégera, comme la loi protège le cyber-consommateur. Il est possible de distinguer deux régimes, selon que la communication émane de l'actionnaire (Section 1), ou qu'elle provienne de la société (Section 2).

⁴³⁸ Notamment le riche travail d'É. A. CAPRIOLI.

⁴³⁹ D. n° 2002-803 du 03.05.2002 portant application de la troisième partie de la loi NRE du 15.01.2001, JORF 05.02.2002, p. 8718. ; D. n° 2006-1566 du 11.12.2006 modifiant le décret n° 67-236 du 23.03.1967 sur les sociétés commerciales, , JORF 12.12.2006, p. 18762 ; D. n° 2010-684 du 23.06.2010 relatif aux droits des actionnaires de sociétés cotées, JORF 25.06.2010, p. 11450. ; D. n° 2011-1473 du 09.11.2011 relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés, JORF 10.11.2011, p. 1889.

SECTION 1 - LA COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE AVEC LA SOCIÉTÉ FACILITÉE

173. Les actionnaires de droit français et allemand bénéficient de régimes juridiques favorables à l'utilisation de la voie électronique pour l'exercice de leurs droits avant la tenue de l'assemblée. Ainsi, les demandes d'adjonction à l'ordre du jour (§ 2) et les questions écrites relatives à l'ordre du jour (§ 3) peuvent-elles être transmises par voie électronique, à condition que les actionnaires puissent être identifiés par la même voie (§ 1).

§ 1 - L'identification du cyber-actionnaire

174. L'identification de l'actionnaire peut en théorie être requise à chaque fois que ce dernier est destinataire d'une norme lui conférant un droit auprès de la société. L'identification des actionnaires au nominatif n'est pas problématique, contrairement à la procédure d'identification des actionnaires au porteur, dont la preuve de la détention d'actions repose nécessairement sur la preuve de l'inscription en compte de ces titres auprès d'un intermédiaire financier⁴⁴⁰. L'identification des actionnaires souhaitant exercer leurs droits à distance a longtemps été le dernier frein au développement de la voie électronique en période d'assemblée, sachant que le droit européen, bien qu'évoquant à de nombreuses reprises une exigence d'identification de l'actionnaire, ne s'est jamais réellement prononcé sur cette question⁴⁴¹. Les exigences sont doubles. Il s'agit non seulement de prouver la détention des titres de l'actionnaire au regard de l'inscription en compte auprès d'un intermédiaire financier, mais aussi de s'assurer que l'actionnaire est bien la personne qu'il prétend être. Si les procédures de contrôle de la détention des actions et de l'identité des actionnaires sont trop faibles, la société prend le risque de voir ses assemblées contestées et les résolutions votées annulées. Si les exigences posées sont trop restrictives, ni les actionnaires, ni les sociétés n'opteront pour la voie électronique. Alors que le droit français a mis du temps à trouver un équilibre qui permette à la pratique d'offrir le vote électronique aux actionnaires (II), le droit allemand a choisi de laisser une grande liberté aux sociétés, qui n'ont aucune raison d'être trop laxistes ou trop exigeantes (I).

⁴⁴⁰ V. Glossaire, « Actionnaire au porteur », § 659.

⁴⁴¹ V. Glossaire, « Actionnaire en droit européen », § 664.

I - Le silence du droit allemand

175. Le droit allemand se tait sur de quelconques exigences relatives à l'identification en ligne des actionnaires. La pratique a mis en place une procédure axée sur la carte d'admission à l'assemblée et le site internet de la société. Il revient au directoire de s'assurer que les procédures d'identification électronique correspondent à l'état actuel de la technique (*Stand der Technik*)⁴⁴². La loi n'impose donc pas de signature électronique⁴⁴³.

Les actionnaires au nominatif se voient attribuer avant chaque assemblée, par voie postale ou, le cas échéant, par voie électronique, une carte d'admission comportant des identifiants permettant de s'identifier sur le site internet de la société. Les actionnaires au porteur doivent requérir leur carte d'admission auprès de leur intermédiaire financier, qui garantit ainsi la détention d'actions par son client actionnaire. Aujourd'hui, les sociétés proposant des services en ligne sont toutefois le plus souvent celles dont l'actionnariat est entièrement au nominatif.

Les statuts de la société peuvent aussi prévoir une forme particulière pour l'exercice d'un droit. Cette liberté ne permet cependant qu'un allègement de la forme des formalités à la charge des actionnaires⁴⁴⁴. Or la forme a une incidence sur les modes de communication entre l'actionnaire et la société, et indirectement sur la procédure d'identification des actionnaires à distance. Lorsqu'une clause statutaire allège les exigences de forme (de la « *Schriftform* » à la « *Textform* » ne nécessitant pas de signature manuscrite ou électronique), les modalités d'envoi peuvent l'être en conséquence. Le fax ou la voie électronique (sans signature électronique) peuvent dès lors être acceptés pour la transmission d'une demande d'adjonction à l'ordre du jour, voire même d'un formulaire de vote électronique, comme nous le verrons plus bas, ce que la pratique française rejette clairement.

II - Les réponses du droit français

176. La partie législative du droit français des sociétés ne s'attarde pas sur l'utilisation des nouvelles technologies de communication. Elle ne l'est pas non plus sur les questions

⁴⁴² RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 27 ; dès 2002, certains auteurs refusaient que les conditions posées à l'identification en ligne pour le vote en assemblée soit plus exigeantes que celles posées pour le commerce en ligne ; M. GOEDSCHE, *Das Recht der Namensaktie*, Thèse, Peter Lang, 2002, p. 193.

⁴⁴³ U. NOACK, « Briefwahl und Online-Teilnahme an der Hauptversammlung: der neue § 118 AktG », *WM*, 2009, p. 2291.

⁴⁴⁴ F. DRINHAUSEN, *op. cit.* note 419, « § 122 AktG », § 10 ; J. PLUTA, in T. HEIDEL, *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*, 4^e éd., 2014, « § 122 AktG », § 27.

d'identification de l'actionnaire. Les questions de forme et de modalités de communication sont laissées à la partie réglementaire du Code de commerce. Mais si l'article L. 225-107 II C. com. évoque les actionnaires participant à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication (dans le cadre d'une clause statutaire), c'est principalement pour préciser que ces moyens, « dont la nature et les conditions d'application sont [certes] déterminées par décret en Conseil d'État », doivent permettre leur identification. C'est la seule remarque relative à l'identification des actionnaires, toutes catégories confondues, observée dans la partie législative du Code de commerce consacrée à l'assemblée générale des actionnaires. L'identification de l'actionnaire est donc une condition légale à l'utilisation des nouvelles technologies de communication pour la participation à l'assemblée⁴⁴⁵.

Alors que les procédures d'identification en ligne de l'actionnaire évoluent rapidement (A), il apparaît que les actionnaires votant en ligne par l'intermédiaire d'un tiers prestataire de service ne sont pas nécessairement reconnus par la société (B).

A) Les procédures d'identification par voie électronique

177. Les exigences liées à l'identification de l'actionnaire exerçant ses droits politiques en ligne ont varié dans le temps. Les premières furent posées en 2002 par le décret d'application de la loi NRE⁴⁴⁶. Un décret de décembre 2006⁴⁴⁷ tenta de simplifier la procédure entourant la signature électronique (2). Ce n'est que par un décret de novembre 2011⁴⁴⁸ que la pratique bénéficia d'un régime juridique suffisamment transparent pour garantir sereinement la faculté de voter par voie électronique (3). Il y a fort à penser que suivant les progrès de la sécurisation et de la normalisation des échanges électroniques, l'adresse électronique de l'actionnaire constituera bientôt une preuve suffisante de son identité, dans un premier temps pour l'exercice de certains droits annexes au droit de vote (4). Alors que des blocages

⁴⁴⁵ Il faut toutefois nuancer cette affirmation. L'article L. 225-107 II C. com. a beau être le socle légal du régime juridique encadrant le cyber-actionnaire, son champ d'application se limite manifestement à toute participation à l'assemblée relative au calcul du quorum et de la majorité, c'est-à-dire uniquement au vote à distance, sans qu'il soit fait ici de différence – contrairement au droit allemand – entre le vote par correspondance électronique (préalable à l'assemblée) et le vote électronique en direct (encore inexistant en France). En d'autres termes, la loi n'impose l'identification des actionnaires que dans l'hypothèse du vote électronique.

Une telle précision n'est pas anodine. Elle est symptomatique des craintes suscitées par l'introduction en droit des sociétés de la voie électronique en matière de vote à distance. Le paradoxe est intéressant : ce sont bien les outils de communication préservant en pratique le plus grand anonymat qui auront fait évoluer les lignes du Code de commerce sur la question de l'identification des actionnaires.

⁴⁴⁶ D. n° 2002-803 du 03.02.2002, JORF 05.05.2002, p. 8718.

⁴⁴⁷ D. n° 2006-1566 du 11.12.2006, JORF 12.12.2006, p. 18762.

⁴⁴⁸ D. n° 2011-1473 du 09.11.2011, JORF 10.11.2011, p. 18893.

juridiques empêchent encore l'évolution des pratiques (6), l'opportunité de cette méthode d'identification doit être évaluée (5).

S'agissant du vote par correspondance ou par procuration, comme de la demande de carte d'admission à l'assemblée, la preuve de la qualité d'actionnaire a traditionnellement lieu par la transmission, du teneur de compte à la société, d'une attestation de participation (1).

1. La transmission de l'attestation de participation

178. L'attestation de participation est un document établissant l'inscription des titres dans les comptes de titres au porteur tenus par un intermédiaire financier. Cet envoi peut avoir lieu « le cas échéant par voie électronique dans les conditions prévues à l'article R. 225-61 » (art. R. 225-85 II C. com.⁴⁴⁹). Cette référence n'est pas sans conséquences, l'article R. 225-61 C. com. ne s'adressant qu'aux sociétés « dont les statuts permettent aux actionnaires de voter aux assemblées par des moyens électroniques de télécommunication » ayant aménagé un site à ces fins. L'utilisation de la voie électronique par l'intermédiaire financier semble ainsi conditionnée d'une part aux statuts de la société et, d'autre part, à sa capacité à recevoir les attestations d'inscription en compte par l'intermédiaire du « site internet » dédié au vote en assemblée. La formulation de l'article R. 225-85 II C. com. est maladroite, car restrictive. La transmission a aujourd'hui largement lieu de manière électronique ; les différents formulaires et demandes de cartes d'admission sont en effet largement numérisés en même temps que l'attestation de participation par l'intermédiaire financier. La transmission des formulaires de vote électronique ainsi que les demandes de cartes d'admission ne se feront, dans un futur certain, plus que de manière électronique, dans le cadre de l'article R. 225-61 C. com. Aussi la formulation n'est, sur le long terme, pas dérangeante. À court et moyen terme cependant, cette restriction empêche théoriquement la transmission de demandes de carte d'admission à l'assemblée des sociétés n'offrant pas la faculté de voter à distance par voie électronique.

Cette restriction est inutile et est un frein au développement de la communication électronique entre prestataires financiers et sociétés émettrices. La preuve de la qualité d'actionnaire, l'attestation de participation, devrait explicitement pouvoir être transmises par voie électronique même dans l'hypothèse où aucun site internet n'a été prévu pour le vote électronique.

⁴⁴⁹ Comme il n'est pas question de communication directe entre l'actionnaire et la société, l'article R. 225-63 C. com. ne trouve en effet pas à s'appliquer.

2. La signature électronique

179. L'article L. 225-77 al. 2 point 3° C. com. ordonne que soit apposée sur le formulaire de vote par correspondance la signature de l'actionnaire (ou de son représentant légal ou judiciaire) ou, le cas échéant, une signature électronique⁴⁵⁰. Il en va de même pour la signature de la procuration (art. R. 225-79 al. 2 C. com.). La signature écrite s'appose au formulaire de vote par correspondance ou à la procuration papier. La signature électronique s'appose quant à elle aux formulaires électroniques. Cette dernière hypothèse est celle du vote ou de la notification de la procuration transmise à la société préalablement à l'assemblée grâce au site internet dédié à cet usage (art. R. 225-61 C. com.)⁴⁵¹.

180. La signature électronique est définie depuis l'an 2000⁴⁵² de manière très ouverte à la première phrase de l'article 1316-4 al. 2nd du Code civil : « Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache ». Cette signature électronique, dite simple, consiste en une connexion grâce à un identifiant (courriel, numéro) et un mot de passe enregistrés. La seconde phrase dudit alinéa expose quant à lui les bases d'une signature électronique sécurisée, basée sur un dispositif technique lourd devant être certifié par une autorité compétente (nommé certificat qualifié)⁴⁵³ : « La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ». Cette distinction n'a toutefois pas toujours été évidente, du moins en droit des sociétés. Le décret précité d'application de la loi NRE exigeait une « signature électronique » pour la signature du formulaire de vote électronique (à l'écran ou par procuration) sans aucune alternative ni même précision. La pratique comme la doctrine s'interrogèrent dès lors sur le degré d'exigence à respecter en matière de signature électronique pour instaurer le vote en ligne aux assemblées d'actionnaires, les uns exigeant une signature électronique sécurisée en invoquant la nullité des résolutions votées le cas contraire, les autres estimant une signature électronique simple suffisante⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ V. Annexe, « Synopsis - Signature électronique », p. 455.

⁴⁵¹ V. *infra*, « L'envoi du vote électronique pré-assemblée », § 420.

⁴⁵² Loi n° 2000-230 du 13.02.2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF 14.03.2000, p. 3968.

⁴⁵³ Cf. D. n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique, JORF 31.03.2001 (09.07.2009), p. 5070.

⁴⁵⁴ A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés*, Dalloz commenté, 2015, comm. ss art. L. 225-107 C. com.

181. Une première réponse fut donnée par le décret de novembre 2006 précité, qui ajouta une seconde phrase aux articles R. 225-77 al. 2 point 3° (vote) et R-225-79 al. 2 C. com. (procuration) : « La signature électronique prend la forme soit d'une signature électronique sécurisée au sens du décret n° 2001-272 du 30 mars 2001, pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, soit, si les statuts le prévoient, d'un autre procédé répondant aux conditions définies à la première phrase du second alinéa de l'article 1316-4 du code civil. » Le choix était donc donné à la société, sachant qu'en l'absence de modification statutaire autorisant une signature électronique simple (identifiant et mot de passe), la société devait mettre en place un procédé de signature électronique sécurisée, alors que les offres pour un tel service étaient quasi inexistantes⁴⁵⁵. L'ANSA fit l'effort de proposer à ses adhérents une clause statutaire-type, qui s'avéra vite superflue⁴⁵⁶.

3. La procédure allégée

182. La partie réglementaire du Code de commerce pose deux exigences *a priori* différentes qu'il s'agisse, d'une part, de transmettre un formulaire de vote ou de procuration avant l'assemblée (a R. 225-77 al. 2 point 3° ou -79 al. 2 C. com.) ou, d'autre part, de l'exercice du droit de vote en séance par voie électronique (art. R. 225-98 C. com.).

183. L'article R. 225-77 C. com. exige premièrement une signature électronique accompagnant le formulaire de vote électronique. Il reprend ensuite une formule posée à l'article 1316-4 al. 2nd du Code civil⁴⁵⁷ relatif à la signature électronique. Les secondes phrases des articles R. 225-77 al. 2 point 3° (vote) et -79 al. 2 C. com. (procuration) furent en

⁴⁵⁵ « Les sociétés qui voudront bénéficier d'une telle présomption [art. 1316-6 al. 2nd C. civ.] adopteront le système 'lourd' de la signature électronique, dont chacun connaît les limites en pratique. » *in*, ANSA, « Signature électronique - Proposition de clause statutaire - type », n° 07-004, 2007-I ; ANSA, « Vote des actionnaires par Internet dans une société non cotée - Site dédié au vote et règles applicables aux informations électroniques pré-AG », n° 14-012, 04.2014 ; ANSA, « Vote électronique aux assemblées générales d'actionnaires - Le régime de la signature électronique après la publication du décret du 11 décembre 2006 », n° 07-003, 2007-I ; ANSA, « La signature électronique et le droit des sociétés - Le cas du vote électronique pour les assemblées générales d'actionnaires », n° 04_035, 04.02.2004, 05.05.2004.

⁴⁵⁶ « La saisie et la signature du formulaire électronique peuvent être directement effectuées sur ce site par tout procédé arrêté par le conseil d'administration et répondant aux conditions définies à la première phrase du deuxième alinéa de l'article 1316-4 du code civil [à savoir l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant le lien de la signature avec le formulaire], pouvant notamment consister en un identifiant et un mot de passe. » (crochets explicatifs dans le texte) *in*, ANSA, « Signature électronique - Proposition de clause statutaire - type », n° 07-004, 2007-I.

⁴⁵⁷ Art. 1316-4 al. 2nd C. civ. : « Lorsqu'elle est électronique, [la signature] consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. »

effet modifiées par le décret de novembre 2011 précité⁴⁵⁸. Il n'est depuis plus proposé d'alternative explicite. La clause statutaire n'est plus exigée pour la mise en place de la signature électronique simple. La signature électronique peut ainsi se contenter « d'un procédé fiable d'identification de l'actionnaire, garantissant son lien avec le formulaire de vote à distance auquel elle s'attache ». La signature électronique sécurisée n'est pas chassée pour autant, elle n'est simplement plus la solution par défaut. En pratique, la connexion à la plate-forme de vote en ligne – en d'autres termes l'identification du cyber-actionnaire – a lieu grâce à un identifiant et un mot de passe lui ayant été préalablement communiqués, par la société ou par son intermédiaire financier teneur de compte.

La plate-forme de vote *Votaccess*, née sur la base d'un accord de place engagé par l'AFTI, permet l'identification des actionnaires grâce à de simples identifiants. Le dispositif s'adresse à toutes les typologies d'actionnaires : au nominatif, au porteur et institutionnel. Il consiste en une plate-forme de collecte et de traitement de données se situant dans la chaîne de l'information entre le teneur de compte et le centralisateur de l'assemblée. L'actionnaire au nominatif d'une société gérant elle-même le registre des actionnaires aura directement accès à la plate-forme depuis le site internet de l'émetteur. Il sera en pratique guidé vers la plate-forme par un message électronique de l'émetteur ou du centralisateur, en principe dès l'envoi de la convocation à l'assemblée⁴⁵⁹. L'identification se fait donc par la saisie d'un identifiant et d'un mot de passe donnés par l'émetteur ou le centralisateur. L'actionnaire au porteur ou au nominatif chez un teneur de compte accèdera à la plate-forme *Votaccess* à travers le site de ce dernier, comme certains auteurs américains le conseillaient dès 1998⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ M. GERMAIN *et al.*, *Traité de droit des affaires – Les sociétés commerciales*, Tome 2, 21^e éd., 2014, § 2104.

⁴⁵⁹ Il serait d'autant plus aisé pour des personnes malintentionnées de mettre en place des tentatives de hameçonnage (*fishing*) que les utilisateurs de la plate-forme connaissent mal le site internet original de la plate-forme. En effet, la plate-forme prendra les couleurs de la société anonyme concernée afin d'offrir une meilleure ergonomie et d'éviter toute confusion lors de la saison des assemblées générales. L'utilisateur final, l'actionnaire, ne sera pas nécessairement au courant que son vote circule par une société autre que celles dont il a connaissance, à savoir son teneur de compte, le centralisateur et la société émettrice. Or l'assemblée générale est un événement annuel et rares sont les sites internet d'une telle importance dont l'apparence ne change pas d'une année sur l'autre. La confusion de l'actionnaire, saisissant ses identifiants ainsi que ses instructions de vote sur un site malveillant, serait alors parfaitement compréhensible. Ce problème est toutefois récurrent dans le domaine de la banque en ligne et ne peut être contré que par une information régulière et une bonne communication avec les utilisateurs finaux. L'actionnaire au porteur ne devrait ainsi accéder à la plate-forme que depuis le site internet connu de son intermédiaire financier. L'actionnaire au nominatif ne devrait quant à lui utiliser que le lien communiqué sur le site internet officiel de la société (auquel peut renvoyer la convocation électronique, bien que les liens reçus par messagerie électronique doivent faire l'objet d'une attention particulière), ou sur la lettre de convocation obtenue sur le site internet du Bulletin des annonces officielles.

⁴⁶⁰ G. P. KOBLER, « Shareholder Voting over the Internet », *Alabama Law Review*, 1998, p. 673, cf. par J. C. GIEDINGHAGEN, *Die virtuelle Hauptversammlung im US-amerikanischen und deutschen Aktienrecht*, Thèse, Kovac, 2005, p. 93.

184. L'article R. 225-98 C. com. dispose quant à lui que les « actionnaires exerçant leurs droits de vote en séance par voie électronique dans les conditions de l'article R. 225-61 ne peuvent accéder au site consacré à cet effet qu'après s'être identifiés au moyen d'un code fourni préalablement à la séance »⁴⁶¹. Malgré ces indications *a priori* différentes, tout vote à distance par voie électronique, que ce soit avant l'assemblée (art. R. 225-77 C. com.) ou en séance (art. R. 225-98 C. com.) a lieu par l'intermédiaire du site internet dédié imposé à l'article R. 225-61 C. com.⁴⁶². Exiger de la plate-forme électronique de vote des mécanismes d'identifications différents pour ces deux types de vote à distance n'a aucun sens. Soit le système permet d'identifier la personne accédant à la plate-forme et cette dernière peut voter à distance, soit le système ne donne pas suffisamment de garanties et le vote n'est pas possible. Il n'y pas d'option intermédiaire en matière d'identification. Ainsi, les articles R. 225-77 C. com. et R. 225-98 C. com., posant chacun des exigences quant à l'identification de l'actionnaire préalable à l'exercice de son droit de vote à distance, servent de directives communes. L'accès à la plate-forme de vote pourra dès lors passer par un procédé fiable d'identification de l'actionnaire, garantissant son lien avec le formulaire de vote à distance auquel elle s'attache, à savoir grâce à un code fourni préalablement à la séance.

4. Le message électronique

185. Le message électronique (courriel⁴⁶³) a largement remplacé la lettre postale et le fax. L'envoi postal du formulaire papier de vote à distance ou par procuration rempli et signé par l'actionnaire au nominatif suffit à son identification auprès la société. Il en va de même des formulaires remplis et signés par l'actionnaire au porteur transmis à son intermédiaire financier – afin qu'il les retransmette à la société accompagnés de la preuve de la détention d'actions. Une telle force probante est-elle reconnue à l'écrit électronique ?

186. L'article 1316-1 du Code civil dispose que « l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ». Le courriel est un écrit électronique au sens de l'article 1316 C. civ. Les conditions de l'identification de l'auteur du courriel sont en partie posées à

⁴⁶¹ Art. R. 225-98 C. com., art. 40 D. n° 2002-803 du 03.05.2002, JORF 05.05.2002, p. 8721.

⁴⁶² V. *infra*, « La transmission des formulaires électroniques », § 445.

⁴⁶³ CGTN, « Vocabulaire de l'audiovisuel et de la communication », 2010, p. 27 (JO 20.06.2003).

l'article 1316-4 C. civ.⁴⁶⁴. Or l'identification constitue une condition à la reconnaissance du courriel comme mode de preuve. C'est seulement lorsque qu'une personne dément être l'auteur d'un écrit électronique que le juge vérifiera que les conditions posées à ces articles ont été respectées⁴⁶⁵. L'article 1316-1 C. civ. ne peut donc servir – *a contrario* – de fondement légal à l'établissement de l'identité de l'auteur du courriel.

187. Au demeurant, les communications entre l'actionnaire et la société susceptibles d'avoir lieu par messagerie électronique⁴⁶⁶ ne sont pas des actes ou des obligations au sens du chapitre VI du Code civil relatif à la preuve des obligations et des paiements. L'identification de l'actionnaire au moyen de l'adresse de messagerie utilisée pour l'envoi d'un courriel est un fait et les articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil ne trouvent pas application à la preuve d'un fait. La reconnaissance du courriel par le juge comme mode de preuve d'un fait a lieu *in concreto*. Dans un arrêt de rejet du 25 septembre 2013, la Chambre sociale de la Cour de cassation a justement estimé que les articles 1316-1 et 1316-4 C. civ. « ne sont pas applicables au courrier électronique produit pour faire la preuve d'un fait, dont l'existence peut être établie par tous moyens de preuve, lesquels sont appréciés souverainement par les juges du fond »⁴⁶⁷.

188. Le droit commun ne pose ainsi pas d'obstacle à l'identification de l'actionnaire au moyen d'une adresse électronique. Le droit des sociétés reconnaît de même la communication par messagerie électronique. Pour satisfaire à une série de formalités d'information en période d'assemblée, la société peut en effet utiliser la voie électronique après avoir reçu l'accord de l'actionnaire (art. R. 225-63 C. com.⁴⁶⁸). Cette disposition ne concerne en principe que les actionnaires au nominatif, en tant que destinataires privilégiés des informations. Dans le cadre de cette procédure d'accord, la société enregistre l'adresse électronique en supplément des informations relatives à l'actionnaire dont elle dispose déjà en sa qualité de teneur de compte. Aussi les messages électroniques qu'elle reçoit en provenance de cette adresse sont-ils présumés avoir été envoyés par l'actionnaire.

⁴⁶⁴ Art. 1316-4 al. 2nd C. civ. : « Lorsqu'elle est électronique, [la signature] consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

⁴⁶⁵ Cass. civ. 1^e, 30.09.2010, n° 09-68555.

⁴⁶⁶ Demande d'inscription à l'assemblée, ou d'adjonction à l'ordre du jour, envoi d'une question écrite – voire d'un formulaire de vote ; v. *infra*, « Transmission du formulaire », § 449.

⁴⁶⁷ Cass. soc., 25.09.2013, n° 11-25884.

⁴⁶⁸ V. *infra*, « La transmission par voie électronique en droit français », § 229.

5. L'évaluation des méthodes d'identification

189. L'identification de l'actionnaire sur la base de l'adresse électronique utilisée pour communiquer avec la société est-elle moins sûre que la procédure d'identification allégée ? Pour recevoir et envoyer un message, l'actionnaire doit s'identifier auprès de son prestataire de service de messagerie, au moyen d'un identifiant et d'un mot de passe. Cette identification a lieu lors de la mise en route d'un logiciel de messagerie ou sur le site internet du prestataire. Rappelons maintenant que la plate-forme de vote *Votaccess* se contente d'une identification des actionnaires au porteur sur le site internet de l'intermédiaire financier. L'entrée d'un identifiant et d'un mot de passe y est considéré comme un procédé fiable d'identification de l'actionnaire au sens de la seconde phrase de l'article R. 225-77 al. 2nd point 3 C. com. Pourquoi ne pas alors considérer l'identification de l'actionnaire lors de l'accès à sa messagerie électronique comme un procédé fiable ?

190. À première vue, il existe une différence importante entre l'identification sur le site de l'intermédiaire et celle sur le site du prestataire de messagerie. Dans ces deux hypothèses, les utilisateurs ont créé un compte respectif, auxquels ont été attachés un identifiant et un mot de passe pour s'identifier, ainsi qu'une adresse électronique pour communiquer. Or la création d'une adresse électronique se fait la plupart du temps de manière parfaitement anonyme, et tout individu mal intentionné peut sans difficulté créer une adresse électronique en empruntant le nom d'un tiers. L'usurpation d'identité est en effet possible. Une étape supplémentaire est donc nécessaire pour garantir le lien entre l'utilisateur et l'adresse électronique.

Cette étape est imposée par la loi aux prestataires de services financiers teneurs de compte. Ces derniers sont en effet priés, « avant d'entrer en relation d'affaires avec leur client, [... d'identifier] leur client et, le cas échéant, le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires par des moyens adaptés et [de vérifier] ces éléments d'identification sur présentation de tout document écrit probant »⁴⁶⁹.

Une telle étape n'est certes pas imposée au prestataire de messagerie. Elle est en revanche imposée à la société en sa qualité de teneur de compte-titres. La société émettrice est en effet contrainte d'ouvrir un compte-titres (nominatifs) au nom du propriétaire des titres⁴⁷⁰, dont elle doit donc contrôler l'identité. Cette procédure d'identification peut être

⁴⁶⁹ Cf. art. L. 561-5 C. mon. fin. et art. 314-4-1 Rg. AMF.

⁴⁷⁰ Art. R. 211-3 et -4 C. mon. fin.

accompagnée de l'indication d'une adresse électronique. L'indication d'une adresse électronique est *de facto* imposée en cas d'accord pour une communication électronique entre la société et l'actionnaire au nominatif (art. R. 225-63 C. com.). Aussi le lien entre l'identité de l'actionnaire et l'adresse électronique dont dispose la société est-il garanti. L'identification sécurisée de l'actionnaire auprès de son prestataire de messagerie électronique permet de présumer que l'expéditeur du message est bien l'actionnaire enregistré auprès de la société.

6. Les obstacles persistants

191. Dans le cas d'une participation de l'actionnaire à l'assemblée en ligne et en direct, l'identification du cyber-actionnaire devra au moins passer par sa voix. L'article R. 225-97 C. com. dispose en effet qu'« afin de garantir, en vue de l'application du II de l'article L. 225-107, l'identification et la participation effective à l'assemblée des actionnaires y participant par des moyens de visioconférence ou de télécommunication, ces moyens transmettent au moins la voix des participants... »⁴⁷¹. Cette solution, calquée lors de son insertion sur la réglementation relative à la visioconférence durant les conseils d'administration, n'a pas encore d'application pratique, en raison justement du degré d'exigence inapproprié dans le cadre de l'assemblée générale des actionnaires. La voix n'apporte aucune sorte d'information quant à l'identité de la personne connectée⁴⁷², comme le prouve l'interdiction du vote par téléphone. Notons que le décret de mai 2002 d'application de la NRE n'évoquait que la participation effective⁴⁷³. C'est par décret du 11 décembre 2006⁴⁷⁴ que « l'identification et la participation effective »⁴⁷⁵ furent liées à l'exigence de transmission de la voix de l'actionnaire.

B) L'identification après le vote électronique

192. Une conséquence surprenante de l'externalisation des prestations de services en matière de vote électronique doit être relevée. La plate-forme de vote *Votaccess*, permettant

⁴⁷¹ V. *infra*, « Les défis de la visioconférence dans la participation aux délibérations », § 592.

⁴⁷² Certains imaginent que « le législateur devra certainement [compléter l'article R. 225-97] notamment pour le traitement des bases d'empreintes vocales des actionnaires. » *in*, M. TOUCH, « Le vote électronique dans les assemblées générales d'actionnaires », *Bull. Joly Société*, 1^{er} août 2008, n° 8, p. 734 ; cette solution est toutefois parfaitement inappropriée et impraticable, pour ne pas dire ubuesque.

⁴⁷³ « Les moyens de visioconférence mentionnés au II de l'article L. 225-107 du Code de commerce doivent satisfaire à des caractéristiques techniques garantissant la participation effective à l'assemblée, dont les délibérations sont retransmises de façon continue. » ; art. 145-2 (ab.) D. n° 67-236 du 23.03.1967, introduit par l'article 40 D. n° 2002-803 du 03.05.2002, JORF 05.05.2002, p. 8721.

⁴⁷⁴ Cf. art. 38 D. n° 2006-1566 du 11.12.2006, JORF 12.12.2006, p. 18762.

⁴⁷⁵ L'épithète s'appliquant aux deux noms.

aux actionnaires au porteur de voter après s'être identifiés sur le site internet de leur intermédiaire financier teneur de compte⁴⁷⁶, ne communique pas leurs adresses de messagerie électronique à l'émetteur. Peut-être l'entreprise SLIB gérant la plate-forme de vote ne collecte-t-elle pas ces adresses électroniques. Les émetteurs sont toutefois particulièrement intéressés par ces informations pour des raisons évidentes. Premièrement, ces actionnaires votent. Ils sont donc *a priori* intéressés par l'information financière et sociale. Ces actionnaires votant en ligne sont inscrits sur un site de bourse en ligne. Ils sont en d'autres termes susceptibles d'être intéressés par une communication électronique avec la société. Deuxièmement, ces actionnaires sont en principe connus de la société puisque le formulaire de vote électronique doit comporter les nom, prénom usuel et domicile de l'actionnaire⁴⁷⁷. Or les échos de la pratique laissent entendre que les émetteurs ne peuvent pas identifier les actionnaires au porteur utilisant la plate-forme⁴⁷⁸.

Rien ne s'oppose à la communication de l'adresse électronique de l'actionnaire lors de l'envoi du formulaire à la société. Cela ne signifie pas pour autant que la société est *de facto* autorisée à communiquer avec l'actionnaire par la voie électronique pour satisfaire aux formalités juridiques en période d'assemblée générale. L'article R. 225-63 C. com. impose un accord tacite de l'actionnaire⁴⁷⁹. Parallèlement, la société est autorisée à requérir cet accord par voie électronique or, pour ce faire, la société doit disposer de l'adresse électronique de l'actionnaire⁴⁸⁰.

§ 2 - Les demandes d'ajout de points ou de projets à l'ordre du jour

193. Avant de présenter les modalités d'envoi des demandes d'adjonction à l'ordre du jour en droits français (I) puis allemand (II), quelques remarques sur l'article 6 § 1 de la directive « actionnaires » s'imposent. L'article finit en effet sur un alinéa intéressant : « Les États membres peuvent prévoir que ces droits sont exercés par écrit (par service postal ou par

⁴⁷⁶ V. *infra*, « La plate-forme *Votaccess* », § 407.

⁴⁷⁷ Art. L. 225-107 C. com., art. R. 225-77 al. 2 point 1° C. com., art. R. 225-82 C. com. ; v. *infra*, « Le formulaire de vote à distance », § 428.

⁴⁷⁸ « Il serait bon que nous puissions identifier les porteurs qui ont pu voter et que nous ne connaissons pas, alors qu'ils sont identifiés de votre côté, via par exemple la récupération de leurs adresses e-mail. Nous avons touché plus de 9000 actionnaires au porteur ayant voté sur VOTACCESS, nous souhaiterions pouvoir les identifier. » in, J.-M. ROSSINI, Total SA, « *Votaccess 2013 - La montée en puissance* », Amphi AFTI du 25.06.2013, *Spécial Amphi*, n° 9, août 2013, p. 10.

⁴⁷⁹ V. *infra*, « La transmission par voie électronique », § 229.

⁴⁸⁰ Cet accord peut certes être aussi donné à l'écran, en cliquant une case avant de valider le formulaire électronique de vote, si tant est que l'actionnaire soit pleinement informé ; v. *infra*, « Le formulaire AFNOR et le formulaire électronique », § 440.

voie électronique) ». La directive, consacrée en grande partie à l'utilisation des nouvelles technologies dans les sociétés anonymes, c'est-à-dire à un mode de communication, ne mentionne la notion d'écrit qu'en son article 11 dédié aux « formalités concernant la désignation du mandataire et la notification »⁴⁸¹. L'alinéa confirme ainsi la distinction entre la forme d'une information et les modalités de son envoi.

La directive n'invite enfin pas les sociétés à accuser personnellement réception des demandes. L'ordre du jour modifié, que la société est contrainte de rendre disponible selon les mêmes modalités que celles appliquées pour l'ordre du jour précédent, fera ainsi office d'accusé réception (art. 6 § 4 dir. « actionnaires »).

I - Droit français

194. Les modalités d'inscriptions de points ou de projets de résolution à l'ordre du jour ainsi que l'information des actionnaires sont laissées au pouvoir réglementaire. La partie réglementaire du Code de commerce distingue les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé (art. R. 225-73 et -73-1 C. com.) de sociétés dont les actions ne le sont pas (art. R. 225-72 C. com.). L'article R. 225-74 C. com. définit les mesures finales valant pour les deux types de société.

A) Les modalités d'envoi des demandes d'adjonction

195. L'article R. 225-71 al. 1^{er} C. com. invite les actionnaires à adresser leurs demandes d'adjonction « au siège social par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par télécommunication électronique ». Toutes les sociétés n'indiquent pas dans leur avis de réunion respectif une adresse électronique (en plus d'une adresse postale) pour l'envoi des demandes d'adjonction⁴⁸². Or l'article précité laisse clairement le choix à l'actionnaire. Plutôt que de résistance, l'on peut parler d'une certaine retenue des sociétés. D'un côté, la loi laisse le choix aux actionnaires. Mais, d'un autre côté, l'article R. 225-73 I 2° C. com. semble donner le choix aux sociétés en les invitant à publier dans l'avis de réunion, « en particulier l'adresse postale et, le cas échéant, l'adresse électronique où peuvent être adressés les points ou projets de résolution et les questions écrites ». Aucun article n'impose explicitement ou

⁴⁸¹ L'harmonisation est entreprise de manière surprenante, puisque l'écrit n'est au final pas même imposé pour les demandes d'adjonction, mais laissé à la disposition des États.

⁴⁸² Seules huit sociétés de l'indice CAC 40 en 2011.

implicitement qu'une adresse électronique soit indiquée dans l'avis de réunion ou sur le site internet de la société. Force est donc d'interpréter l'article R. 225-71 al. 1^{er} C. com. à la lumière de l'article R. 225-73 I 2^o C. com. N'oublions pas toutefois que ce dernier ne s'applique qu'aux sociétés cotées, et qu'une interprétation de l'article R. 225-71 à la lumière de l'article R. 225-73 n'a pas lieu d'être pour ce qui a trait aux sociétés non cotées.

Ainsi, les sociétés dont les actions revêtent toutes la forme nominative ou qui ne sont pas admises à la cote sur un marché réglementé doivent accepter les demandes d'adjonction envoyées par leurs actionnaires par voie électronique, qu'elles aient ou non indiqué d'adresse électronique à cette fin particulière, en vertu des articles R. 225-71 et -72 C. com.

Face à la retenue manifeste des sociétés cotées, et eut égard à l'article R. 225-73 C. com., il n'apparaît pas raisonnable⁴⁸³ d'imposer aux sociétés d'accepter de demandes envoyées par voie électronique alors qu'elles n'auraient pas indiqué d'adresse électronique dans l'avis de réunion. Au final, le choix revient *de lege lata* à la société d'accepter ou non les demandes d'adjonction par voie électronique. *De lege feranda*, le pouvoir réglementaire serait bien avisé de supprimer de l'article R. 225-73 I 2^o C. com. l'expression « le cas échéant », qui n'a plus lieu d'être aujourd'hui. Une adresse électronique est obligatoire pour les questions écrites, elle devrait l'être aussi pour les demandes d'adjonction, pour lesquelles les délais sont particulièrement courts.

B) Les modalités d'envoi de l'accusé réception

196. La faculté explicitement acceptée d'accuser réception des demandes d'adjonction par voie électronique confirme les encouragements du législateur français à utiliser la voie électronique. Premièrement, l'article R. 225-74 C. com. fait preuve d'une certaine audace en se dégageant du parallélisme des modalités d'envoi. De même que l'accusé réception par lettre recommandée peut répondre à une demande d'adjonction par voie électronique (1^{ère} phrase), un accusé de réception envoyé par simple voie électronique en réponse à une demande d'adjonction par lettre recommandée est parfaitement envisageable (2^{nde} phrase)⁴⁸⁴. Deuxièmement, cette mention est importante d'un point de vue juridique. L'égalité juridique entre les lettres recommandées postales et les écrits recommandés électroniques n'a été affirmée en droit civil que pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat (art. 1369-8 C.

⁴⁸³ Au regard notamment de l'importance de ces demandes d'injonctions et du risque encouru par les sociétés.

⁴⁸⁴ Il ne faut pas confondre ces hypothèses avec les offres de lettre RAR dites « hybrides », qui consistent à enregistrer en ligne une lettre sous format électronique avant qu'elle ne soit imprimée puis envoyée par la voie traditionnelle par un tiers opérateur.

civ.)⁴⁸⁵. Aussi est-il positif d'observer le législateur s'engager à assurer la validité juridique des lettres recommandées électroniques dans d'autres domaines que le droit civil.

II - Droit allemand

197. La forme et les modalités d'envoi des contre-propositions (*Gegenanträge*, § 126 AktG) comme des demandes d'adjonctions de points ou de projets de résolution à l'ordre du jour (*Ergänzungsverlangen*, § 122 II AktG) sont d'un intérêt premier pour saisir le rôle accordé aux nouvelles technologies d'information et de communication.

A) Les demandes d'adjonction (*Ergänzungsverlangen*)

198. L'*Aktiengesetz* met en parallèle direct le droit des actionnaires minoritaires de demander l'ajout de points ou de projets de résolution à l'ordre du jour (§ 122 II AktG) et le droit de convoquer l'assemblée (§ 122 I AktG). L'alinéa 1^{er} dispose que « l'assemblée générale doit être convoquée lorsque les actionnaires dont les participations cumulées atteignent un vingtième du capital social le demandent par écrit [*schriftlich*], en indiquant les objectifs poursuivis et les raisons invoquées ». L'alinéa 1^{er} précise ensuite que « la demande est à adresser au directoire », et que « les statuts peuvent conditionner le droit de convoquer l'assemblée générale à une forme différente, ainsi qu'à une possession de portion de capital social plus faible ». L'alinéa second poursuit : « De la même manière, les actionnaires possédant ensemble une portion de capital social atteignant un vingtième ou un montant de 500 000 euros peuvent demander l'inscription et la publication d'articles à l'ordre du jour ». Du renvoi à l'alinéa 1^{er}, deux informations doivent relever notre attention⁴⁸⁶, la première étant relative à la liberté statutaire, la seconde à la notion d'écrit.

⁴⁸⁵ Cf. É. PAPPIN, « La lettre recommandée électronique : une première étape de franchise », Feral-Schuhl / Sainte Marie, Société d'avocats, 2011.

⁴⁸⁶ L'on remarque par ailleurs que les demandes doivent être accompagnées d'une lettre expliquant les objectifs poursuivis et les raisons invoquées. Cette condition est purement formelle. Elle ne sert qu'à éclairer l'administration sur les intentions et les motivations des actionnaires requérants, à en apprécier l'opportunité, la légitimité et la légalité. Le directoire devant émettre des recommandations de vote en cas de proposition de projet de résolution (§ 124 III 1 AktG), cette condition de forme est parfaitement justifiée. Elle ne doit toutefois pas être confondue avec l'obligation légale d'accompagner certaines demandes d'une justification. En effet, le § 122 II 2 AktG impose de joindre aux demandes d'adjonction soit une justification, soit un projet de résolution. La justification ne vaut toutefois que dans le cas de la simple inscription de points à l'ordre du jour, afin de donner un peu de matière aux débats dont ils devront faire l'objet, contrairement au projet de résolution qui feront certes l'objet d'un débat, mais aussi et surtout d'un vote en assemblée (§ 122 II 2 AktG) ; cf. D. KUBIS, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 122 AktG », § 32.

199. Une liberté est confiée aux statuts de la société à deux niveaux, formel et matériel. Ils peuvent, d'une part, prévoir une forme différente de celle précitée. Cette liberté ne saurait toutefois autoriser un alourdissement des formalités à la charge des actionnaires⁴⁸⁷. Une fois les exigences de forme simplifiées statutairement (par exemple de la « *Schriftform* » à la « *Textform* » ne nécessitant pas de signature manuscrite ou électronique), les modalités d'envoi peuvent l'être en conséquence. Un envoi par fax ou par voie électronique sans signature électronique (cf. § 126a I BGB) est alors parfaitement envisageable. Les statuts peuvent, d'autre part, abaisser les conditions matérielles pour exercer ce droit, et ainsi prévoir une possession cumulée minimum inférieure à un vingtième du capital social ou à 500 000 euros.

200. On retient aussi et surtout du renvoi précité que la demande d'adjonction doit être adressée par écrit (*schriftlich*) au directoire, sans qu'il soit précisé de modalités d'envoi. Il est question de « *Schriftform* » au sens du § 126 BGB. Le § 126 I BGB dispose que lorsque la loi fait appel à la *Schriftform*, ces documents doivent être signés de la main de leur auteur ou établis par acte authentique. La voie électronique n'est pas exclue pour autant, le 3^e al. disposant qu'à défaut de disposition légale contraire, cet écrit peut être fait sous forme électronique. Dans ce cas, le § 126a BGB impose l'indication du nom de l'auteur et surtout une signature électronique avancée (« *qualifizierte elektronische Signatur* »). Or la signature électronique avancée est une procédure presque inexistante, et par conséquent relativement lourde⁴⁸⁸. Aussi simple que puisse paraître ce dispositif légal, la doctrine n'est cependant pas unanime sur l'exigence d'une telle signature électronique, en l'absence bien sûr de disposition statutaire susceptible de simplifier la procédure. En pratique, 21 sociétés du DAX n'indiquaient en 2011 qu'une adresse postale, une société y ajoutait un numéro de fax, et sept communiquaient en plus une adresse électronique, quand bien même la majorité des statuts ne prévoyait pas d'allègement de forme⁴⁸⁹. Certains auteurs se sont prononcés pour la régularité d'un envoi par fax en cas d'urgence (*Dringlichkeit*)⁴⁹⁰. Cette position a été étudiée par

⁴⁸⁷ F. DRINHAUSEN, *op. cit.* note 419, « § 122 AktG », § 10 ; J. PLUTA, in T. HEIDEL, *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*, 4^e éd., 2014, « § 122 AktG », § 27.

⁴⁸⁸ V. *supra*, « Signature électronique », § 179.

⁴⁸⁹ C. WETTICH, « Aktuelle Entwicklungen und Trends in der Hauptversammlungssaison 2011 und Ausblick auf 2012 », *NZG*, 2011, p. 724.

⁴⁹⁰ D. KUBIS, *op. cit.* note 486, « § 122 AktG », § 12.

l'*Oberlandgericht* de Düsseldorf lequel, sans être conaincu par cette position, prend la peine de juger que les faits ne permettaient pas en l'espèce de retenir une situation d'urgence⁴⁹¹.

201. La fronde est justifiée par la prétendue contradiction entre le § 122 AktG et l'article 6 de la directive « actionnaires ». La directive « actionnaires » dispose, en matière de demandes d'adjonction à l'ordre du jour, que « les États membres peuvent prévoir que ces droits sont exercés par écrit (par service postal ou par voie électronique) »⁴⁹². La signification que la directive européenne donne au substantif « écrit », faisant référence à la voie électronique, ne correspond pas à la notion de *Schriftform* retenu par le droit allemand. La notion européenne d'écrit correspond manifestement plus à une conception plus large d'écrit simple (*Textform*, § 126b BGB). Selon certains auteurs, le § 122 II doit être interprété à la lumière de la directive européenne, dont le délai de transposition est dépassé. D'après eux, si l'écrit simple est nécessaire, il est aussi suffisant⁴⁹³. Si cette interprétation était acceptable, elle ne vaudrait que pour les sociétés cotées, seules à entrer dans le champ d'application de la directive européenne⁴⁹⁴. Or cette interprétation est infondée. Ces auteurs invoquent une notion d'écrit uniforme au sens du droit européen, en s'appuyant sur l'article 11 de la directive qui en offre une signification similaire, et qui, de surcroît, correspond en effet de manière encore plus évidente à la notion d'écrit simple de droit allemand (*Textform*). Mais le raisonnement n'est pas mené à son terme. Le droit allemand cite explicitement la *Textform* dans son § 134 III AktG relatif à la forme et aux modalités d'envoi des procurations de vote et chargé de transposer l'article 11 de la directive. Si le législateur n'a pas cité de forme allégée et a maintenu la *Schriftform* au § 122 II AktG qui nous intéresse⁴⁹⁵, c'est qu'il n'y était clairement pas contraint par la directive⁴⁹⁶. L'objectif déclaré de la directive était d'encourager la voie électronique et non d'harmoniser de manière définitive sur ce point précis. Les États peuvent

⁴⁹¹ OLG Düsseldorf, *Urt. v.* 05.07.2012, Az. I-6 U 69/11, § 72 et s.

⁴⁹² Dans sa version allemande : « Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass diese Rechte schriftlich ausgeübt werden müssen (Übermittlung durch Postdienste oder auf elektronischem Wege) ».

⁴⁹³ H. ZIEMONS, *op. cit.* note 393, « § 122 AktG », § 32, p. 1669 ; jugeant une transposition en ce sens inévitable, D. ZETZSCHE, « Die neue Aktionärsrechte-Richtlinie: Auf dem Weg zur Virtuellen Hauptversammlung », *NZG*, 2007, p. 687.

⁴⁹⁴ A. WEISNER, J.-C. HEINS, « Das Schriftformerfordernis in § 122 AktG », *AG*, 2012, p. 708.

⁴⁹⁵ Ni d'ailleurs au § 122 I, pour lequel l'auteur n'invoque pas même l'écrit simple ; H. ZIEMONS, *op. cit.* note 393, « § 122 AktG », § 14, p. 1663.

⁴⁹⁶ Le caractère supplétif de la disposition est indiscutable : « les États membres peuvent prévoir que » ; contrairement aux doutes que certains laissent planer, même s'ils s'en tiennent au final à *Schriftform* de la version légale : C. WETTICH, *loc. cit.* note 489.

ne pas prendre en considération cette recommandation de la directive et imposer une forme et des modalités d'envoi plus exigeantes⁴⁹⁷.

202. Dans l'hypothèse d'un envoi par voie électronique couplé d'une signature électronique, que les associations d'actionnaires sont certainement plus à même d'organiser que les actionnaires individuels, il reste à définir si la demande d'adjonction doit être signée par l'ensemble des demandeurs individuels.

Certains auteurs jugent que les actionnaires ou leurs représentants participant au respect du quorum doivent signer la lettre de demande⁴⁹⁸. Mais après avoir précisé que la forme électronique est bien envisageable dans le cadre du § 126a BGB, ils se gardent bien d'indiquer si chacun de ces actionnaires doit poser une signature électronique (ce qui rendrait la voie électronique définitivement impraticable), ou si l'ensemble des signatures peuvent être informatisées sur un document unique, document ensuite certifié et envoyé à la société à l'aide d'une signature électronique avancée⁴⁹⁹.

D'autres estiment au contraire, et à juste titre en l'absence de précision légale, qu'il suffit que plusieurs actionnaires agissent ensemble de manière manifestement concertée⁵⁰⁰. Les actionnaires doivent en effet s'identifier et prouver la possession de la portion de capital déclarée. Cette opération, qui peut être menée individuellement, c'est-à-dire parallèlement à l'envoi de la demande commune d'adjonction à laquelle il doit être fait référence, suffit à prouver la volonté de chaque actionnaire à agir en groupe.

B) Les contre-propositions (*Gegenanträge*)

203. Pour rappel, les contre-propositions des actionnaires ne peuvent être formulées qu'en réponse à l'ordre du jour des dirigeants⁵⁰¹. Contrairement au § 122 AktG relatif aux demandes d'adjonction, le § 126 AktG ne fait aucune allusion à la forme des requêtes. La doctrine comme la pratique rejettent donc en conséquence la *Schriftform* pour retenir la *Textform*, soit

⁴⁹⁷ A. WEISNER, J.-C. HEINS, *op. cit.* note 494, p. 710.

⁴⁹⁸ F. DRINHAUSEN, in W. HÖLTERS, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2014, « § 122 AktG », § 9 ; U. HÜFFER, *op. cit.* note 418, « § 122 AktG », § 4 ; J. PLUTA, *op. cit.* note 487, « § 122 AktG », § 14, p. 673 ; G. REGER, in T. BÜRGERS, T. KÖRBER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2011, « § 122 », § 6, p. 989 ; et sous l'ancienne législation, cf. W. ECKARDT, in J. H. GEBLER *et al.*, *Aktiengesetz*, 1974, « § 122 AktG », § 21.

⁴⁹⁹ Ce que semble sous-entendre O. RIECKERS, in G. SPINDLER, E. STILZ, *Kommentar zum Aktiengesetz*, 2010, « § 122 AktG », § 18.

⁵⁰⁰ D. KUBIS, *op. cit.* note 486, « § 122 AktG », § 12 ; T. LIEBSCHER, in M. HENSSLER, L. STROHN, *Gesellschaftsrecht*, 2^e éd., 2014, « § 122 AktG », § 5 ; S. HERRLER, in H. C. GRIGOLEIT, *Aktiengesetz*, 1^e éd., 2013, « § 122 AktG », § 6.

⁵⁰¹ V. *supra*, § 144.

l'écrit simple, l'expression « *Übersendung* » excluant une requête orale⁵⁰². La forme matérielle de la requête est en partie conditionnée par la nature de l'adresse donnée aux actionnaires⁵⁰³. Les questions relatives aux modalités d'envoi des requêtes tournent donc autour du problème de cette adresse à indiquer dans la convocation. Plusieurs scénarios doivent être présentés pour évaluer dans quelle mesure la communication électronique peut être utilisée.

204. Dualité d'adresses. Si la convocation indique une adresse postale et une adresse électronique, les actionnaires doivent s'en tenir à ces indications. Ils sont libres de choisir l'une ou l'autre, de choisir entre la sécurité d'un envoi postal recommandé et l'immédiateté d'un envoi électronique. Si la société donne plusieurs adresses dans la convocation afin d'envoyer des contre-propositions, cette énumération doit être considérée exhaustive et tout autre mode de communication pourra être rejeté par la société⁵⁰⁴. Notons que ces adresses ne sont pas nécessairement celles des sociétés, mais peuvent appartenir à un tiers, tel qu'un cabinet d'avocat ou un centralisateur d'assemblée⁵⁰⁵.

205. Adresse postale. Si la convocation n'indique qu'une adresse postale, les actionnaires ne peuvent pas faire parvenir leur requête par voie électronique. Le directoire est du moins autorisé à refuser de publier les requêtes reçues par cette voie. Cette position *a priori* évidente ne fait pas l'unanimité. D'aucuns n'hésitent pas à s'opposer volontairement à la lettre de la loi en critiquant le fait que le directoire puisse priver les actionnaires du choix dans les modalités d'envoi de leurs requêtes alors que, parallèlement, les actionnaires ne peuvent imposer au directoire une autre modalité de publication que « la simple mise en ligne sur site internet de la société »⁵⁰⁶. Cette position qui prétend dénoncer une inégalité (sur ce point) entre les actionnaires et la société traite tout au plus de politique juridique mais n'a aucun fondement juridique. Plus intéressante est la position considérant que si le directoire se manifeste d'habitude à l'égard de tiers ou des actionnaires à l'aide d'une adresse électronique particulière, cette adresse peut servir pour l'exercice du droit des actionnaires de formuler des

⁵⁰² J. MIMBERG, « Schranken der Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung im Internet - die Rechtslage nach dem Inkrafttreten von NaStraG, Formvorschriften-AnpassungsG und TransPuG », *ZGR*, 2003, p. 34 ; O. RIECKERS, *op. cit.* note 499, « § 126 AktG », § 14.

⁵⁰³ O. RIECKERS, *ibidem*.

⁵⁰⁴ *Idem*, § 15.

⁵⁰⁵ *Id.* ; U. NOACK, « Das neue Recht der Gegenanträge nach § 126 AktG », *BB*, 2003, p. 1394 ;

⁵⁰⁶ J. MIMBERG, *loc. cit.* note 502.

contre-propositions⁵⁰⁷. Il faut cependant rejeter cette opinion pour assurer une cohérence légale et pratique. La bienséance recommandera au membre du directoire recevant une telle demande soit de rediriger l'actionnaire vers l'adresse indiquée dans la convocation, soit de l'avertir que sa demande a été retransmise à l'adresse prévue à cet effet.

206. Adresse électronique. Paradoxalement, cette position est critiquée par les auteurs mêmes qui, inversement, considèrent que l'adresse postale des bureaux de la direction administrative est toujours utilisable quand bien même la convocation n'indiquerait qu'une adresse électronique aux fins de contre-propositions⁵⁰⁸. Formulée en 2003, cette position se basant sur « l'état des choses », n'est sans doute plus d'actualité⁵⁰⁹. Il est vrai que lorsque la loi autorise les statuts à limiter les communications aux actionnaires à la voie électronique, elle le dit expressément (Cf. §§ 125 II, 128 I 2 AktG). Mais cette clause statutaire, dont l'adoption a fait l'objet d'un vote, a justement pour fonction de légitimer le caractère strictement électronique de la procédure. En l'occurrence, la loi se contente de renvoyer à l'adresse indiquée dans la convocation et le législateur a clairement affirmé dans l'exposé des motifs du texte que cette adresse peut être un numéro de fax ou une adresse électronique⁵¹⁰. Le législateur ajoutait que l'actionnaire devrait dans cette hypothèse aussi s'identifier⁵¹¹.

207. Absence d'adresse. Certains estiment que l'indication d'une adresse n'est qu'une facilité qui n'oblige pas la société⁵¹². Ce n'est qu'en absence d'adresse indiquée à cet effet que le droit classique de représentation de la société s'applique. Seront donc à retenir l'adresse officielle du siège social ou des bureaux de la direction administrative, ainsi que le site internet de la société ou l'adresse électronique permettant d'entrer en contact avec le service relations actionnaires ou la direction administrative, et éventuellement, le centralisateur de l'assemblée chargé de récolter les preuves de détentions⁵¹³. Il n'est

⁵⁰⁷ *Ibidem* ; Le Professeur U. Hüffer (*loc. cit.* note 498) interprète largement la faculté d'envoyer ses requêtes par message électronique.

⁵⁰⁸ Cf. U. NOACK, *loc. cit.* note 505 ; F. DRINHAUSEN, *op. cit.* note 498, « § 126 AktG », § 8 ; M. SASSE, « § 126 AktG - Rechtsunsicherheiten bei der Behandlung von Gegenanträgen », *NZG*, 2004, p. 155 ; H. ZIEMONS, *op. cit.* note 393, « § 126 AktG », § 15.

⁵⁰⁹ Pour une position plus actuelle : O. RIECKERS, *op. cit.* note 499, « § 126 AktG », § 16.

⁵¹⁰ RegE TransPuG, BT-Drs. 14/8769, 11.04.2002, p. 20.

⁵¹¹ *Ibidem* ; v. *supra*, § 175.

⁵¹² Ce que semble accepter le législateur, lorsqu'il évoque les conséquences de cette absence, *ibid.* ; F. DRINHAUSEN, *loc. cit.* note 508 ; U. NOACK, *loc. cit.* note 505.

⁵¹³ Bien que la majorité des auteurs retiennent l'indication d'une adresse électronique comme condition *sine qua non* d'un envoi électronique.

cependant pas recommandé d'utiliser l'adresse électronique de membres individuels du répertoire utilisé pour communiquer avec des tiers⁵¹⁴.

Conclusion intermédiaire

208. Il est important d'assurer une cohérence dans le processus d'assimilation de la communication électronique à la communication traditionnelle. On ne peut prétendre de manière générale à l'égalité juridique des modes de communication et donner en l'espèce plus d'importance à l'adresse postale qu'à l'adresse électronique, *a fortiori* lorsque le répertoire opte délibérément, comme le législateur l'y invite, pour une communication électronique.

§ 3 - Les questions écrites

209. Selon l'exposé des motifs, la directive « actionnaires » n'a pour ambition que d'ancrer le droit de poser des questions relatives à l'ordre du jour et d'y obtenir réponse, alors que « les règles relatives à la forme et aux délais à respecter pour poser les questions et y répondre devraient être déterminées par les États membres »⁵¹⁵. Le droit français connaît depuis trois décennies le droit de poser des questions écrites (I), le droit allemand depuis 2009 (II). Il est ainsi intéressant d'observer comment la voie électronique fut introduite dans les deux droits.

I - Droit français

210. Le droit positif français reconnaît depuis 1984 la faculté pour tout actionnaire de poser des questions par écrit, auxquelles le conseil d'administration ou le répertoire doit répondre durant l'assemblée⁵¹⁶. Un décret de décembre 2006⁵¹⁷ apporta des précisions

⁵¹⁴ O. RIECKERS, *op. cit.* note 499, « § 126 AktG », § 16 ; NOACK, *loc. cit.* note 505.

⁵¹⁵ Cons. n° 8 dir. « actionnaires ».

⁵¹⁶ Ou en ligne avant l'assemblée depuis 2010, v. *supra*, § 153. ; ce droit court à partir de la communication des documents évoqués (mais non énumérés de manière précise) au 1^{er} alinéa de l'article L. 225-108 C. com., c'est-à-dire à partir de l'envoi ou de la publication des avis de convocations, ou des avis de réunion pour les sociétés cotées ; cf. Art. 162 al. 3 loi du 14.07.1966, introduit par art. 13 loi n° 84-148 du 01.03.1984 (JORF 02.03.1984, p. 753), ab. par art. 4 ord. n° 2000-912 du 18.09.2000 (JORF 21.09.2000, p. 14783), remplacé par art. L. 225-108 C. com.

réglementaires relatives à l'application de l'article L. 225-108 C. com., qui en était dénué jusqu'alors. L'article R. 225-84 C. com. pose les conditions à l'exercice du droit de poser des questions écrites. Il précise à qui, où, comment et quand les demandes écrites doivent être adressées à la société. L'envoi postal s'adresse ainsi au président du conseil d'administration ou du directoire, au siège social, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, au plus tard le quatrième jour ouvré précédant la date de l'assemblée générale. Les questions formulées sur support électronique peuvent être envoyées, dans les mêmes délais, à l'adresse électronique indiquée dans la convocation (cf. art. R. 225-73 I 2° C. com. pour l'avis de réunion, art. R. 225-66 al. 2 C. com. pour l'avis de convocation)⁵¹⁸.

211. La société peut-elle poser des conditions particulières à la transmission des questions par la voie électronique ? Premièrement, la doctrine relève à juste titre que l'envoi des questions par voie électronique n'est lié d'aucune manière à l'existence d'un site internet dédié au vote électronique au sens de l'article R. 225-61 C. com.⁵¹⁹. Pour autant, il est clair que l'exercice du droit de poser des questions peut être facilité par la plate-forme de vote électronique⁵²⁰. Il est parfaitement envisageable qu'une page du site internet dédié à l'assemblée générale permette de poser des questions écrites relatives à l'ordre du jour de l'assemblée. Une autre page pourrait même être consacrée aux questions posées par les autres actionnaires. Avec leur accord, les auteurs des questions pourraient être nommés et ainsi identifiés par les actionnaires connectés à la plate-forme. Les questions pourraient, à défaut, être présentées de manière anonyme pour les autres actionnaires⁵²¹.

Secondement, puisqu'il n'est question que d'une communication unilatérale, de l'actionnaire vers la société, il n'est pas étonnant qu'il ne soit pas fait référence à l'article

⁵¹⁷ Art. 135-1 D. du 23.03.1967, introduit par art. 34 D. n° 2006-1566 du 11.12.2006 (JORF 12.12.2006, p. 18762), ab. par D. n° 2007-431 du 25.03.2007 (JORF 27.03.2007, p. 5648), remplacé par art. R. 225-84 C. com.

⁵¹⁸ L'article R. 225-84 al. 2 C. com. impose ensuite que le questionneur prouve sa qualité d'actionnaire. L'actionnaire au porteur doit ainsi joindre une attestation d'inscription dans un compte tenu par un intermédiaire financier. Parallèlement, il est de même attendu de l'actionnaire au nominatif qu'il accompagne ses questions d'une attestation d'inscription « dans les comptes de titres nominatifs tenus par la société ». La société devrait toutefois pouvoir se contenter du nom, de l'adresse et du numéro d'identification de l'actionnaire au nominatif, numéro qu'elle donne, lui transmet ou rappelle dans la lettre de convocation. Notons finalement que ni la loi ni le décret ne circonscrivent le sujet des questions à l'ordre du jour, contrairement à ce que le MEDEF avait demandé et à ce que le projet de directive retenait alors déjà ; ANSA, « Présentation du décret du 11 novembre 2006 », n° 07-002, 03-2007, p. 11.

⁵¹⁹ J.-P. VALUET, « Le décret du 11 décembre 2006 sur les sociétés commerciales », *Rev. sociétés*, 2007, p. 227.

⁵²⁰ A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés*, Dalloz commenté, 2015, comm. ss art. R. 225-84 C. com.

⁵²¹ La société qui, de son côté, est en droit d'exiger l'identification de l'actionnaire, pourrait ainsi éventuellement limiter les questions posées tout en jouant la carte de la transparence à moindre frais. En principe, les actionnaires prendront tôt ou tard connaissance de ces questions.

R. 225-63 C. com. Le dit article, réglementant une série de situations impliquant la communication électronique entre la société et l'actionnaire, est basé sur l'accord de l'actionnaire⁵²². Or l'actionnaire n'est pas en droit d'exiger une réponse personnelle. Un quelconque accord de sa part n'entre ainsi pas en jeu.

Enfin, il faut se joindre à la position de M. Valuet lorsqu'il estime que la société ne peut « conditionner la faculté de poser des questions écrites par la voie électronique à celle de voter par voie électronique »⁵²³.

212. Mais l'interrogation la plus fondamentale soulevée par l'article R. 225-84 C. com. est parfaitement occultée par la doctrine : la société a-t-elle le droit de refuser l'envoi électronique des questions ? Ce refus, largement pratiqué sans pour autant n'avoir jamais réellement été défendu par la doctrine, ne résiste pas à l'étude.

L'article R. 225-84 C. com. fait référence « à l'adresse indiquée dans la convocation ». Il ne précise pas si une adresse particulière aux questions écrites doit être utilisée. Imposer une adresse définie à cette fin compliquerait en effet inutilement le décret d'application. L'article invite les sociétés à désigner une adresse électronique pour deux raisons de bon sens. Premièrement pour que l'actionnaire soit informé et envoie sa question sans craindre de ne pas être lu. Secondement pour que la société puisse collecter sereinement l'ensemble des questions sur une même boîte électronique sans craindre de manquer à ses obligations. Aussi est-il responsable de désigner une adresse particulière pour les questions écrites⁵²⁴. Mais rappelons qu'il n'est pas précisé que l'adresse électronique doit être indiquée à cet effet, c'est-à-dire exclusivement pour les questions écrites préalables à l'assemblée. La convocation peut en effet parfaitement donner la même adresse que celle à laquelle doivent être adressées les demandes d'adjonction à l'ordre du jour, les consignes de vote ou les procurations⁵²⁵.

La majorité des sociétés n'indique pas d'adresse électronique dans le paragraphe consacré aux questions écrites de leur avis de réunion ou de convocation. L'article R. 225-84 C. com. semble leur laisser le choix entre la voie postale par lettre RAR et la voie électronique. De plus, les articles R. 225-66 et -73 C. com. invitent les sociétés à inscrire dans

⁵²² V. *infra*, « L'exigence française d'accord préalable », § 230.

⁵²³ J.-P. VALUET, *loc. cite* note 519.

⁵²⁴ Les sociétés disposent en effet d'autant d'adresses électroniques que de dirigeants, de services et de secrétariats. Si un actionnaire est en contact avec un responsable du « service relations actionnaires », le risque est grand qu'il fasse parvenir sa question à cette personne, sans que le message soit ensuite transféré au conseil ou au directoire.

⁵²⁵ À défaut d'une adresse spécifique, la création d'une adresse électronique commune pour toutes les questions entourant une assemblée générale ordinaire est du moins recommandée pour les sociétés de taille moyenne et grande, le tri pouvant aisément être fait en interne.

leurs avis de convocation et de réunion l'adresse postale « et, le cas échéant », l'adresse électronique à laquelle les questions écrites peuvent être adressées. À la lecture combinée de ces articles, les sociétés n'indiquant aucune adresse électronique estiment un peu rapidement que la voie postale est suffisante. Suivant cette même logique, certains auteurs conditionnent la possibilité d'envoyer les questions par voie électronique à l'inscription d'une adresse dans l'avis de réunion ou de convocation⁵²⁶. Cette position est erronée et les sociétés doivent être mises en garde quant au risque d'irrégularité de leurs avis. En toute hypothèse, une clarification de la partie réglementaire est impérative.

213. L'article R. 225-84 C. com. dispose que « les questions écrites [...] sont envoyées, au siège social par lettre recommandée avec demande d'avis de réception [...] ou par voie de télécommunication électronique à l'adresse indiquée dans la convocation ». La conjonction « ou » utilisée pour présenter les deux moyens de communication n'est évidemment pas exclusive⁵²⁷. Les sociétés peuvent accepter parallèlement les envois postaux en lettre RAR et les envois électroniques. Elles y sont même contraintes par la lettre de l'article R. 225-84 C. com. qui offre à l'actionnaire le choix de l'envoi postal, ou de l'envoi électronique. Ledit article définit les modalités d'exercice d'un droit des actionnaires et doit donc, dans le doute, être interprété en leur faveur. Le texte donne le choix à l'actionnaire, non à la société. Cette dernière se doit d'indiquer une adresse électronique dans sa convocation. L'article utilise de plus une formule similaire à celle utilisée par exemple à l'article R. 225-71 C. com. relatif à l'envoi de demandes d'adjonction à l'ordre du jour. D'aucuns estiment en effet que la voie électronique doit être acceptée « si celle-ci est utilisable pour les demandes d'adjonction à l'ordre du jour, car il serait illogique de se montrer plus restrictif pour les questions que pour les adjonctions à l'ordre du jour puisque ces dernières produisent des effets plus importants »⁵²⁸. Or depuis la loi NRE de 2001, l'actionnaire a le droit de transmettre ses demandes adjonction à l'ordre du jour par voie électronique (art. R. 225-71 al. 1^{er} C. com.)⁵²⁹.

L'on pourrait ensuite arguer que la directive européenne consacre ce droit à la communication électronique pour les demandes d'inscription de points ou de projets à l'ordre

⁵²⁶ C. CATHIARD, « L'utilisation des moyens de télécommunication pour la préparation et la tenue des conseils et assemblées des sociétés anonymes », *JCP E* 2007, n° 20, p. 1660.

⁵²⁷ Elle juxtapose les deux moyens, pour ne pas produire les effets d'un « et » qui imposerait de cumuler les deux moyens, ce que la pratique du droit connaît certes bien, mais qui infligerait ici un formalisme trop lourd et contraire aux objectifs poursuivis par le texte.

⁵²⁸ Le Répertoire n'est manifestement pas à jour sur la question car il ne semble pas connaître l'article R. 225-84 C. com. (2006), mais le raisonnement reste le plus pertinent : Y. GUYON, « Assemblées d'actionnaires », *Rép. soc.*, 2002 (déc. 2010), n° 87.

⁵²⁹ V. *supra*, « Modalités d'envoi des demandes d'adjonction », § 195.

du jour, alors qu'elle laisse aux États la liberté de définir la forme de l'envoi des questions écrites. Or la directive européenne a simplement confirmé ce droit, elle ne l'a pas amplifié ou rendu plus important que d'autres règles. Si elle ôte tout soupçon quant au droit de l'actionnaire à envoyer ses demandes d'adjonction à l'ordre du jour par la voie électronique, il n'y a plus lieu de douter non plus du droit de l'actionnaire de faire parvenir ses questions à la société par la même voie.

Reste enfin que les articles R. 225-66 (avis de convocation) et R. 225-73 C. com. (avis de réunion) utilisent l'expression « le cas échéant », qui donne en effet l'impression aux sociétés qu'elles auraient le choix entre la voie postale et la voie électronique. L'article R. 225-84 C. com. imposant, en toute hypothèse, l'indication d'une adresse électronique dans les avis de réunion comme de convocation, une seule interprétation cohérente *de lege lata* est possible : le « cas échéant » désigne l'hypothèse de la création d'une adresse électronique spécifique aux questions écrites⁵³⁰. Si la société souhaite, pour des raisons organisationnelles, mettre à la disposition de ses actionnaires une adresse électronique spécifique, elle doit leur en faire part, « le cas échéant », dans l'avis de réunion et de convocation.

214. À défaut d'inscription d'une adresse électronique spécifique aux questions écrites, l'actionnaire pourra envoyer sa question à une adresse électronique indiquée dans la convocation, même si elle l'est, par exemple, dans le paragraphe consacré aux demandes d'inscription de points et de projets de résolution à l'ordre du jour. Si la société n'indique aucune adresse électronique dans ses avis de réunion ou de convocation, l'avis est irrégulier. Il va sans dire qu'une révision du décret n° 2006-1566 du 11 décembre 2006 ayant introduit l'article R. 225-84 C. com. (a 135-1 ab.), ainsi que les obligations des articles R. 225-66 et - 73 C. com. (art. 123 et 130 ab.) d'indiquer les adresses électroniques spécifiques serait bienvenue : le plus simple étant évidemment de supprimer de ces deux derniers articles les propositions « le cas échéant »⁵³¹.

II - Droit allemand

215. L'*Aktiengesetz* connaît en son § 131 l'une de ses dispositions les plus commentées en doctrine comme en justice. Le droit aux renseignements (*Auskunftsrecht*), le droit, donc, de

⁵³⁰ Telles que, par ex. : questions@edf.fr.

⁵³¹ V. Annexe, « Propositions de révisions... », § 497.

poser des questions aux dirigeants, y est pensé comme intrinsèque à la participation de l'actionnaire à l'assemblée générale. Contrairement au droit européen et au droit français, très proches, la problématique est centrée ici sur les questions en séance, orales par nature. La doctrine comme le législateur évoquent régulièrement un principe d'oralité (*Mündlichkeitsgrundsatz*)⁵³². Le droit aux questions écrites est dérivé de ce droit d'intervention lors des débats. Le principe de l'alinéa 1^{er} du § 131 AktG est clair : « Tout actionnaire peut, sur demande, obtenir communication de la part du directoire durant l'assemblée d'informations nécessaires à l'appréciation adéquate de l'objet de l'ordre du jour ». Le droit aux questions est non seulement conditionné à la qualité d'actionnaire, mais *a priori* aussi à la participation à l'assemblée⁵³³. L'actionnaire participant en direct à l'assemblée par des moyens électroniques de télécommunication (*Online-Aktionär*) répond à ces conditions⁵³⁴, ce qui n'est pas le cas de ceux votant par correspondance (papier ou électronique, *Briefwahl*)⁵³⁵. Aussi faut-il s'interroger sur les destinataires de ce droit (B).

216. L'utilisation par le législateur de notions au large champ interprétatif telles que « *erforderlich* » (nécessaire), et « *sachgemäß* » (adéquate), est une transmission de pouvoir au directoire, au bureau de l'assemblée. Ces notions leur offrent une marge de manœuvre pour refuser les questions hors-sujet et assurer la bonne tenue de débats souvent allongés artificiellement par des participants contestataires dans la seule optique de provoquer une erreur du directoire et d'obtenir réparation ou l'annulation des résolutions votées. Plus concrètement, le § 131 III AktG énumère sept exceptions libérant le directoire de l'obligation de réponse, pour enfin préciser qu'un renseignement ne peut être refusé pour d'autres raisons.

Le potentiel conflictuel, procédurier, du § 131 AktG est important et le législateur comme le juge sont constamment tiraillés entre deux composantes : renforcer les exceptions au principe d'obligation de réponse ou limiter, affaiblir le droit d'action en nullité. La doctrine, rappelant que le droit au renseignement est un pilier de la « démocratie actionnariale », dirige moins le combat contre le droit que contre l'abus de droit⁵³⁶.

⁵³² U. HÜFFER, *Aktiengesetz*, C.H. Beck, 11^e éd., 2014, « § 131 AktG », § 22.

⁵³³ Certains appellent toutefois à repenser le rapport entre le droit aux renseignements et l'assemblée générale en s'inspirant du modèle proposé par le droit français : M. SIEMS, in G. SPINDLER, E. STILZ, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2010, « § 131 AktG », § 11, n^o 65.

⁵³⁴ D. KUBIS, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 131 AktG », § 10.

⁵³⁵ V. *infra*, « Présence et participation », § 563.

⁵³⁶ E. RATSCHOW, « Die Aktionärsrechte-Richtlinie – neue Regeln für börsennotierte Gesellschaften », *DSrR* 2007, p. 1406.

La faculté de transmettre des questions écrites par voie électronique n'a pas même lieu d'être évoquée si les simples questions écrites préalables à l'assemblée ne sont pas acceptées par le directoire (A). Or les exceptions au principe d'oralité des questions laissent derrière elles une doctrine circonspecte et dubitative. Les actionnaires procéduriers mènent la vie dure aux sociétés et sautent sur chaque modification législative pour abuser de leurs droits. Toutefois, le temps est mûr pour la doctrine de faire face à ses propres contradictions et de s'engager pour une solution plus courageuse et plus proche de l'esprit de la directive (C).

A) L'écrit mis en doute

217. La loi sur l'intégrité des entreprises et de modernisation de l'action en nullité (UMAG) de 2005 a introduit deux mesures majeures : la première consiste à autoriser le président de l'assemblée à limiter raisonnablement le temps dédié au droit à la parole et aux questions (en séance), la seconde ajoute une septième exception à l'obligation de réponse, un droit de refus du directoire en assemblée lorsque l'information exigée est accessible sur le site internet de la société depuis au moins sept jours avant le commencement ainsi que durant l'assemblée⁵³⁷. Certains n'hésitent pas à citer l'exemple du droit français pour rappeler qu'un droit au renseignement est ainsi possible et souhaitable en marge de l'assemblée⁵³⁸. Bien que les questions écrites ne soient pas explicitement citées dans l'*Aktiengesetz*, les commentateurs estimaient en 2007 que le droit allemand respectait « plus ou moins »⁵³⁹ l'article 9 de la directive, et qu'en conséquence, aucune mesure de transposition supplémentaire n'était requise⁵⁴⁰.

⁵³⁷ UMAG, 22.09.2005, BGBl. I 60, p. 2802.

⁵³⁸ M. SIEMS, *op. cit.* note 533, « § 131 AktG », § 11.

⁵³⁹ « ... so oder so ähnlich duch § 131 AktG vorgegeben », E. RATSCHOW, *loc. cit.* note 536.

⁵⁴⁰ La première version du projet de loi UMAG de 2004 proposait d'introduire un alinéa 6 au § 131 AktG précisément destiné aux questions écrites : « Les statuts, ou le règlement de l'assemblée générale en vertu du § 129, peuvent habiliter le directoire à inscrire dans la convocation que ce dernier acceptera les questions écrites portant sur certains points définis de l'ordre du jour. La convocation doit alors préciser les délais de dépôt ainsi que l'adresse à laquelle ces questions doivent parvenir. Les questions doivent être accessibles sur le site internet de la société trois jours avant ainsi que pendant l'assemblée générale ; les réponses qui ne seront pas données durant l'assemblée doivent être accessibles de la même manière que les questions » (art. 1 n° 8 b (6) RefE UMAG, 2004). Cet alinéa n'a pas été soumis au Bundestag, mais l'exposé des motifs de la commission gouvernementale chargée du projet de loi permet de mieux saisir les objectifs poursuivis (RefE UMAG, janv. 2004, p. 26). Elle précise tout d'abord que si la convocation ne prévoit qu'une adresse électronique, les questions ne peuvent alors être envoyées que par cette voie. Pour ce qui a trait à la date limite de réception de ces questions, la commission envisage au plus cinq jours de bourse avant l'assemblée. Si trois jours sont de même envisageables, un délai « plus généreux du point de vue des actionnaires » compliquerait le travail du directoire et rendrait probablement impossible une réponse avant l'assemblée. Le § 131 VI du projet de loi, poursuit le document, avait « pour objectif de conférer à l'administration la plus grande flexibilité possible afin de traiter les questions des actionnaires avec la plus grande efficacité ». Au-delà du langage, portant la marque de la commission gouvernementale « *Corporate Governance* », l'on relèvera que les questions écrites y étaient moins

218. L'arrivée « officielle » des questions écrites n'a pas convaincu outre mesure. L'association des avocats allemands ne prévoyait ainsi aucun allégement particulier pour les directoires en assemblée. Il aurait fallu plutôt, d'après elle, non pas poser une faculté de s'exprimer par écrit, mais une obligation pour les actionnaires disposant de nombreuses questions à l'avance, et dont on pourrait effectivement attendre qu'ils se manifestent à l'avance pour les poser⁵⁴¹. Enfin l'opinion majoritaire continue à nier l'existence d'un droit aux questions écrites préalablement à l'assemblée.

D'abord relativement ouverte aux questions écrites, la position de la doctrine majoritaire a changé au fil du temps. En 1992, l'on pouvait lire que la loi ne pose aucune obligation pour l'actionnaire d'exercer son droit de poser des questions à l'oral⁵⁴². En d'autres termes, le principe d'oralité n'est pas de nature légale. Le gouvernement expliquait en 2005 que le droit en vigueur avant l'UMAG n'empêchait pas le directoire d'accepter, dans un cadre ou un volume défini, des questions écrites des actionnaires relatives à certains points de l'ordre du jour⁵⁴³. L'opinion majoritaire estime cependant aujourd'hui que les questions écrites transmises préalablement à l'assemblée « mutent » en demande de renseignement au sens du § 131 AktG si et seulement si, et au moment où, elles sont lues en séance par l'actionnaire, voire par le directoire. Il n'y aurait ainsi aucune différence notable sur le fond entre une question écrite et une question orale, puisque le critère faisant de ces questions une

pensées comme une facilité conférée aux actionnaires que comme un outil pour optimiser la gouvernance de la société. Dans ses motivations, le gouvernement juge par exemple que la décision d'accepter les questions écrites est particulièrement conseillée lorsqu'il faut s'attendre à plusieurs questions identiques, la manière la plus efficiente de répondre étant alors par écrit sur le site internet. La logique est précaire : elle fait de l'efficacité une fin en soi tout en retenant une solution qui n'allège pas la charge du directoire. Si la société s'attend à de nombreuses questions identiques dont elle est capable d'entrevoir la substance, elle sera mieux avisée de refuser les questions écrites qu'elle devra trier et analyser une à une. Elle préparera alors une réponse qu'elle ne donnera que si la question est posée en séance. Cette réponse s'imposera plus aisément qu'une réponse écrite. S'il est donné réponse en ligne aux questions posées préalablement à l'assemblée, les questions posées en séance seront de fait différentes. La publication donne un temps d'avance aux questionneurs sur le directoire. Les réponses données en ligne seront la source de questions complémentaires auxquelles le directoire ne pourra refuser de répondre, et il est certain que les réponses préalables ne libèrent pas l'assemblée des questions intempestives (DAV, « Stellungnahme zum UMAG », n° 20/04, 04.2004, « Zu Nr. 8 (4) », p. 12).

La version finale du projet de loi voté n'a pas retenu cet alinéa consacré aux questions écrites. L'exception à l'obligation de réponse en séance en cas de réponse écrite sur le site internet de la société préalablement et pendant l'assemblée a été jugée suffisante. D'une part, le message devrait être passé. Les questions écrites sont reconnues officiellement par le législateur. D'autre part, cette mesure était en confrontation directe avec le projet de directive européenne qui allait ancrer le droit des actionnaires aux questions écrites à propos de tout sujet en rapport avec l'ordre du jour. Habilitier les statuts et les dirigeants à limiter les points à l'ordre du jour susceptibles de faire l'objet de questions écrites aurait clairement violé le futur article 9 de la directive « actionnaires ».

⁵⁴¹ DAV, « Stellungnahme zum UMAG », n° 20/04, 04.2004, « Zu Nr. 8 (5) », p. 12.

⁵⁴² H. MEILICKE, T. HEIDEL, « Das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung », *DSiR* 1992, p. 74.

⁵⁴³ RegE UMAG, n° 15/5092, 14.03.2005, p. 18.

demande de renseignement produisant des effets juridiques est l'oralité en séance, elle seule permettant à l'ensemble des actionnaires d'apprécier en pleine connaissance de cause les réponses apportées. L'argument consiste à dire qu'une réponse sans question n'est pas une information complète. Selon cette position, le directoire ne serait pas obligé de répondre aux questions écrites. Or l'idée ne viendrait à personne de lire en assemblée une réponse sans énoncer préalablement la question, ou un résumé de diverses questions similaires. Cet argument ne permet pas de rejeter le fait que le simple écrit constitue une demande de renseignement, au regard notamment du § 131 III 7 AktG, introduit par l'UMAG⁵⁴⁴.

La raison du refus d'accepter que deux situations de fait différentes puissent parfaitement se superposer est à chercher dans une certaine culture des débats lors des assemblées générales, et surtout dans la peur des procédures en annulation des résolutions. Cela s'explique enfin moins par la crainte d'un déséquilibre informationnel entre actionnaires que par crainte d'une surcharge de travail pour le directoire disproportionnée par rapport à l'impératif, certes exigeant, mais non absolu, de bonne information des actionnaires.

En effet, la doctrine se plaît à rappeler, certainement à juste titre, que les réponses doivent être données durant l'assemblée et que, par conséquent, le directoire est soumis à une obligation de préparation tant factuelle que matérielle (*Vorbereitungs- und Ausstattungspflicht*)⁵⁴⁵. Il est clair que la loi, en encourageant l'envoi de questions avant l'assemblée, n'allège pas la charge travail de l'équipe dirigeante. Enfermée dans sa logique, la doctrine emploie des tournures qui en trahissent les limites. Bien qu'il n'y soit pas contraint, l'actionnaire est par exemple invité à annoncer qu'il compte poser une question complexe⁵⁴⁶, ce qui revient bien sûr en pratique à poser sa question à l'avance. L'actionnaire ne devrait pas espérer pour autant obtenir une réponse écrite avant l'assemblée, l'annonce d'une question n'ayant comme seul objectif, selon les commentateurs, que de permettre au directoire de se

⁵⁴⁴ Les commentateurs arguent en effet que la faculté de publier des réponses en ligne à des questions posées par écrit avant l'assemblée ne permet pas à elle seule de considérer des questions écrites comme des demandes de renseignement au sens de la loi. Pour justifier leurs propos, ils invoquent le fait que les questions et les réponses soient consultables en ligne avant et pendant l'assemblée exclut tout risque de déficit d'information pour les actionnaires particuliers (D. KUBIS, *op. cit.* note 534, « § 131 AktG », § 29) ; le droit du directoire de limiter le temps de parole des actionnaires en séance est pour eux une preuve de plus que la lecture de la question – en l'occurrence par l'actionnaire mais, le cas échéant, par le directoire – est l'élément constitutif de l'obligation de réponse et, pour certains, cet argument suffit à lui seul à justifier la remise en cause d'un droit à poser ses questions par écrit jusqu'alors largement reconnu : U. HÜFFER, *op. cit.* note 532, « § 131 AktG », § 8.

⁵⁴⁵ D. KUBIS, *op. cit.* note 534, « § 131 AktG », § 91.

⁵⁴⁶ F. DRINHAUSEN, *op. cit.* note 498, « § 131 AktG », § 15 ; U. HÜFFER, *op. cit.* note 532, « § 131 AktG », § 22 ; H. MEILICKE, T. HEIDEL, *op. cit.* note 542, p. 72.

préparer du mieux possible, tout en sachant que l'annonce, d'un point de vue juridique, ne saurait élargir l'étendue du devoir d'information⁵⁴⁷.

219. Au final, tous s'accordent à dire que l'enjeu du débat réside dans l'égalité d'information entre les actionnaires⁵⁴⁸. Or cette égalité est clairement mieux respectée en cas de publication en ligne des questions et des réponses, accessibles aux actionnaires non-résidents, que de simple lecture en séance par le directoire des questions écrites – voire même de leurs résumés – posées par les actionnaires préalablement à l'assemblée⁵⁴⁹.

B) Du droit de poser des questions à distance

220. Les questions par voie électronique ne font logiquement pas l'objet d'une réception plus enthousiaste. De manière générale, la doctrine réserve le droit aux questions aux actionnaires participant à l'assemblée. Cela ne pose pas de problème particulier pour les questions posées à l'oral durant l'assemblée par un actionnaire ou son représentant. De même que le législateur, la doctrine considère comme participants (*Teilnehmer*) les seuls actionnaires présents, représentés, ou participant en ligne en direct, mais non ceux votant simplement par correspondance préalablement (ou jusqu'à la fin des débats) à l'assemblée (*Briefwahl*)⁵⁵⁰. Cette catégorisation a deux conséquences directes sur le droit au renseignement.

221. Premièrement, le droit de poser des questions en ligne se révèle être réservé aux actionnaires participant en direct à l'assemblée (*Online-Aktionär*)⁵⁵¹, même si rares sont ceux qui se lancent dans une description de la méthode à employer. Certains relèvent que l'internationalisation et la diversification, pour ne pas dire l'atomisation des investissements, couplées au développement des NTC pour l'information des actionnaires, ont fait perdre de l'importance aux questions. La communication par voie électronique de questions durant la réunion de l'assemblée ne permettra pas d'après eux de remédier à ce fait, mais rendra au contraire plus probablement les débats impraticables en raison des débordements et abus que ces communications seront susceptibles d'engendrer⁵⁵².

⁵⁴⁷ M. SIEMS, *op. cit.* note 533, « § 131 AktG », § 21.

⁵⁴⁸ *Idem*, § 19 ; D. KUBIS, *op. cit.* note 534, « § 131 AktG », § 29.

⁵⁴⁹ M. SIEMS, *id.*, § 7.

⁵⁵⁰ RegE ARUG, « Zur Buchstabe b », BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 27.

⁵⁵¹ D. KUBIS, *op. cit.* note 534, « § 131 AktG », § 10.

⁵⁵² M. SIEMS, *op. cit.* note 533, « § 131 AktG », § 7.

222. Deuxièmement, les actionnaires votant par correspondance – par voie postale ou électronique – se voient de fait refuser le droit de poser des questions. Cette position est critiquable. Pour rappel, la loi dispose que le droit au renseignement est conféré à « tout actionnaire ».

Tout d’abord, ce refus d’accepter les questions d’actionnaires votant à distance crée un déséquilibre entre les actionnaires quant à l’accès à l’information, au désavantage des actionnaires non-résidents. La participation à distance en direct par internet n’est encore offerte que par de rares sociétés, le plus souvent de taille très importante. Le § 53a AktG impose une égalité de traitement des actionnaires. Certains n’hésitent pas dès lors à écrire que la possibilité de participer en ligne exclut l’application de l’impératif d’égalité de traitement des actionnaires⁵⁵³. Cela résulterait tant du caractère facultatif de l’usage de la voie électronique pour l’exercice des droits des actionnaires que du fait que la présence physique à l’assemblée serait la règle, la participation à distance l’exception. Cette position a l’avantage de résoudre un bon nombre d’interrogations, mais ne trouve aucune justification dans les textes⁵⁵⁴.

Ensuite, le § 118 I AktG dispose que « les actionnaires exercent leurs droits envers la société à l’assemblée, sauf disposition légale contraire ». D’une part, le § 131 AktG dispose que « tout actionnaire peut, sur demande, obtenir communication de la part du directoire durant l’assemblée d’informations ». Or l’indication « *in der Hauptversammlung* » (à l’assemblée) se réfère au renseignement, à la réponse, et non à la demande⁵⁵⁵. Cette disposition ne contient donc pas de réserve particulière quant au lieu où l’actionnaire peut exercer son droit. Il ressort, d’autre part, du § 131 III 7 AktG précité une faculté de poser des questions par écrit préalablement à l’assemblée, donc à distance. Or l’écrit électronique a la même valeur juridique que l’écrit papier depuis 2001⁵⁵⁶. Bien que le § 131 ne le précise pas, le Professeur U. Noack affirme qu’une adresse doit être donnée, de même que pour l’envoi de

⁵⁵³ D. KUBIS, *op. cit.* note 534, « § 118 AktG », § 17.

⁵⁵⁴ L’impératif d’égalité de traitement des actionnaires n’est certes pas absolu. Une disposition légale peut infléchir la règle du §53a AktG. Le § 118 I AktG dispose ainsi que « le directoire est autorisé à prévoir que les actionnaires [...] peuvent exercer tout ou partie de leurs droits par voie entièrement ou partiellement électronique ». Cette règle est elle-même une dérogation au principe posé au même alinéa voulant que « les actionnaires exercent leurs droits envers la société à l’assemblée, sauf disposition légale contraire » (§118 I 1 AktG).

⁵⁵⁵ Contrairement à ce qu’affirme F. DRINHAUSEN, *op. cit.* note 498, « § 131 AktG », § 3.

⁵⁵⁶ U. NOACK, « Neue Entwicklungen im Aktienrecht un moderne Informationstechnologie 2003...2005 », *NZG* 2004, p. 302.

projets de résolution (§ 126 I AktG)⁵⁵⁷. En toute logique, si la société ne donne qu'une adresse électronique, il faut accepter qu'elle ne considérera que les communications électroniques.

Enfin, il est vrai que le gouvernement, dans l'exposé des motifs du projet de loi ARUG de 2009, déclare que les actionnaires votant à distance (par voie postale ou électronique) préalablement à l'assemblée ne sont pas des « participants » au sens de la loi⁵⁵⁸. Mais cette remarque ne concerne en rien le droit aux renseignements, puisque la loi n'utilise pas cette expression dans le § 131 AktG en question – contrairement au § 118 II AktG commenté dans l'exposé des motifs et dont la doctrine se fait l'écho⁵⁵⁹. Il n'est au demeurant pas ici question d'un quelconque droit de vote, dont l'existence n'a unanimement aucune influence sur l'existence ou l'exercice du droit aux renseignements⁵⁶⁰. Le § 131 AktG n'utilisant pas l'expression de participation, il n'existe pas la moindre raison de le soumettre aux limites de cette notion, *a fortiori* au regard de l'importance accordée en droit allemand au droit aux renseignements des actionnaires.

⁵⁵⁷ Le premier projet de loi, comme le projet définitif, évoquaient clairement les questions posées avant l'assemblée par écrit papier ou par message électronique « *Fragen von Aktionären, die vor Beginn der Hauptversammlung schriftlich oder per Email an die Gesellschaft gerichtet werden* » in, RefE UMAG, janv. 2004, p. 26 ; RegE UMAG, n° 15/5092, 14.03.2005, p. 17.

⁵⁵⁸ RegE ARUG, « Zur Buchstabe b », BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 27.

⁵⁵⁹ Parallèlement, l'on pourrait prendre les commentateurs à leur propre jeu en affirmant que le fait de poser des questions au directoire avant l'assemblée est une forme de participation, une participation au demeurant bien plus manifeste que celle consistant à s'asseoir quasi-anonymement dans une salle de réunion. La notion de participation n'est pas de nature légale, elle est donc aisément malléable. Elle est évidemment liée à la notion d'inscription (*Anmeldung*) du § 123 AktG. Selon cette logique l'actionnaire doit s'inscrire à l'assemblée pour bénéficier du droit de poser une question. Or l'existence même d'une discussion relative à l'obligation de réponse alors que l'auteur de la question a quitté la salle de l'assemblée met à mal la cohérence de la présentation doctrinale. Indépendamment de la solution à apporter à ce problème, le débat illustre le fait que la participation effective à l'assemblée est considérée comme le corollaire du droit de poser des questions (certains sont d'avis que le fait de quitter la salle avant que la réponse ne soit donnée et sans mandater un autre actionnaire revient à abandonner son droit au renseignement, en d'autres termes que le directoire est libéré de son obligation de répondre, F. DRINHAUSEN, *op. cit.* note 498, « § 131 AktG », § 15 ; M. SIEMS, *op. cit.* note 533, « § 131 AktG », § 64 ; l'opinion majoritaire tend toutefois à penser que la question doit être lue en séance afin que les autres actionnaires puissent faire leur la question en cause et que, dans le doute, il est toujours préférable de répondre, cf. D. KUBIS, *op. cit.* note 534, « § 131 AktG », § 34). La notion de participation bénéficie en effet d'une interprétation propre, puisqu'elle emporte des effets juridiques particuliers (pour ce qui a trait, par ex., à la liste de présence et au droit de contestation des résolutions). Certains n'hésitent pas d'ailleurs à parler de « *echter Teilnehmer* » (vrais participants, D. KUBIS, *op. cit.* note 534, « § 131 AktG », § 10), ou de participation effective (F. DRINHAUSEN, *op. cit.* note 498, « § 131 AktG », § 31), pour justifier le droit aux renseignements. Or ils n'offrent là qu'une autre preuve de la vacuité du fondement juridique de cette distinction entre, d'un côté, des actionnaires qui participeraient « vraiment » ou « effectivement » à l'assemblée et auraient droit aux renseignements et, d'un autre côté, les autres actionnaires. D'autres admettent bien que l'obligation de participation reconnue par la majorité des commentateurs de loi est une règle non écrite (« *Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal* » in, M. SIEMS, *op. cit.* note 533, « § 131 AktG », § 13). Ils reconnaîtront qu'une règle non écrite n'a de valeur juridique que celle que la pratique voudra bien lui reconnaître.

⁵⁶⁰ F. DRINHAUSEN, *op. cit.* note 498, « § 131 AktG », § 3 ; U. HÜFFER, *op. cit.* note 532, « § 131 AktG », § 3 ; D. KUBIS, *op. cit.* note 534, « § 131 AktG », § 10 ; M. SIEMS, *op. cit.* note 533, « § 131 AktG », § 13.

C) De l'exercice du droit aux questions à distance

223. La plus grande inquiétude de la pratique comme de la doctrine réside dans l'abus d'actionnaires procéduriers. Il est vrai que la réception doctrinale des questions écrites comme véritable demande de renseignements au sens du § 131 I AktG fait courir le risque d'encourager les actionnaires malintentionnés à « bombarder » un peu plus le directoire de questions écrites, auxquelles le directoire doit répondre tôt ou tard (préalablement à l'assemblée ou en séance), sans que ces réponses n'écartent le risque d'une deuxième vague de questions « complémentaires » en séance.

Pour répondre aux abus de manière franche, l'UMAG a autorisé le président de l'assemblée à limiter le temps de parole et de questionnement des actionnaires en séance. Le § 131 II AktG dispose que les statuts peuvent autoriser le président de l'assemblée à réduire de manière appropriée le temps de parole et de questionnement de l'actionnaire, et poser en sus certaines précisions. Déjà circonscrite par le § 23 V AktG, la liberté statutaire est ici très limitée. Si l'opinion majoritaire juge que les statuts ne peuvent ni réduire ni élargir le droit aux renseignements du § 131 I AktG, elle s'accorde à reconnaître que certaines précisions peuvent être ancrées statutairement⁵⁶¹. Bienvenues sont les mesures « qui rendent la procédure de renseignement plus transparente, plus ferme ou plus simple afin de garantir le déroulement réglementaire de l'assemblée générale »⁵⁶². Cette liberté offerte aux actionnaires, argue le gouvernement, doit permettre à l'assemblée de gagner en qualité et en attractivité, en permettant de s'y concentrer sur les questions stratégiques essentielles⁵⁶³.

Cette liberté statutaire vaut autant pour les questions orales que pour les questions écrites. Un raisonnement par analogie permet de transposer aux questions écrites certaines solutions doctrinales et jurisprudentielles ayant contribué à limiter l'exercice du droit aux questions en séance⁵⁶⁴. Le temps de parole et/ou le temps de questionnement peuvent par exemple être réduits à 15 minutes⁵⁶⁵ voire à 5 minutes⁵⁶⁶. De manière générale, la prise de parole peut parallèlement être limitée à trois, voire deux interventions par actionnaire⁵⁶⁷. Fort de cette solution de haute instance, il est parfaitement imaginable de limiter le volume des

⁵⁶¹ D. KUBIS, *op. cit.* note 534, « § 131 AktG », § 179.

⁵⁶² *Ibidem*.

⁵⁶³ RegE UMAG, n° 15/5092, 14.03.2005, p. 17.

⁵⁶⁴ M. SIEMS, *op. cit.* note 533, « § 131 AktG », § 55, n° 146 ; le DAV refuse un tel raisonnement et se prononce quant à lui pour l'introduction d'une clause statutaire donnant pouvoir au directoire de limiter la taille des questions : « Stellungnahme zum RefE eines ARUG », *NZG*, 2008, p. 536, § 20.

⁵⁶⁵ BGH, *Urt. v.* 08.02.2010, II ZR 94/08, *AG*, 2010, p. 292.

⁵⁶⁶ LG München I, *Urt. v.* 11.12.2008 – 5 HK O 15201/08 ; jugé toutefois démesuré notamment par U. HÜFFER, *op. cit.* note 532, « § 131 AktG », § 22a.

⁵⁶⁷ *Ibidem* ; BGH, *Urt. v.* 08.02.2010 ; LG München I, *Urt. v.* 11.12.2008.

questions écrites. Si une telle clause statutaire est acceptable, il en va de même de celles permettant au directoire d'agir au regard de l'importance de chaque assemblée générale⁵⁶⁸. Considérant que cinq minutes sont nécessaires pour lire clairement à voix haute un texte d'une page, le directoire peut déclarer n'accepter que des questions écrites rédigées selon les usages et ne dépassant pas trois pages, voire moins si un grand nombre de questions est attendu. Le directoire peut sinon utiliser un formulaire sur son site internet offrant une place – limitée mais raisonnable – aux questions écrites à son adresse⁵⁶⁹.

Enfin, une réforme légale pourrait parfaitement imposer une taille limite, similaire à celle que le droit allemand connaît déjà pour la justification des contre-propositions des actionnaires, à savoir 5000 caractères⁵⁷⁰.

Conclusion intermédiaire

224. Les difficultés soulevées en France et en Allemagne sont très distinctes. Le droit à l'information par le biais de questions n'est pas conçu de la même manière de part et d'autre du Rhin. La culture de l'assemblée générale est façonnée par les requêtes des actionnaires. Les questions écrites élargissent le champ d'accès à l'information, le faisant déborder un peu plus du cadre de l'assemblée générale. Elles participent incontestablement de la qualité et du bon déroulement de l'assemblée, condition nécessaire pour y faire revenir à moyen terme les actionnaires individuels.

225. En Allemagne, les contestateurs de métier (*Berufskläger*) ont profité durant des décennies de la durée des procédures judiciaires pour forcer les sociétés à accepter des transactions quand bien même ces dernières n'auraient juridiquement rien à se reprocher⁵⁷¹. Les sociétés, suivies par la doctrine, n'ont ainsi pas intérêt à court terme à élargir le droit aux renseignements. L'ARUG de 2009 renforce, d'une part, les conditions pour agir en justice et, d'autre part, simplifie les procédures pour les accélérer, afin de décourager les actionnaires

⁵⁶⁸ D. KUBIS, *op. cit.* note 534, « § 131 AktG », § 179 ; de manière générale, il est préférable de donner pouvoir au directoire pour fixer les règles relatives à l'exercice du droit aux renseignements. Les clauses statutaires trop bavardes et précises encourent le risque d'être, d'une part, coupées de la réalité des différentes assemblées générales et, d'autre part, contestées en justice car donnant du grain à moudre. « *Eine Ermächtigungsklausel sollte knapp formuliert sein und eher generelle als starre einzelfallbezogene Regelungen enthalten, um dem Versammlungsleiter hinreichende Flexibilität zu geben.* » in, F. DRINHAUSEN, *op. cit.* note 498, « §131 AktG », § 26.

⁵⁶⁹ Jugé très pratique par le Professeur U. NOACK, *loc. cit.* note 556.

⁵⁷⁰ V. *supra*, « Taille », § 150.

⁵⁷¹ RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, « *Zu Nummer 38* », p. 40.

procéduriers⁵⁷². Au final, le risque soulevé par l'acceptation des questions écrites préalablement à l'assemblée est circonscrit par le droit même de contestation des résolutions votées, qui n'est conféré par la loi qu'aux actionnaires participant (*Teilnehmer*). En d'autres termes, les actionnaires non inscrits à l'assemblée, non présents en salle jusqu'au vote des résolutions ou non connectés durant l'assemblée à la plate-forme électronique de vote en direct ne peuvent pas contester les résolutions votées en raison d'une mauvaise information (§ 245 1 AktG)⁵⁷³. L'absence de sanction en cas de manquement à une obligation de réponse aux questions écrites devrait réduire les craintes de la pratique et de la doctrine quant aux questions écrites préalables à l'assemblée. L'absence de sanction ne saurait en effet justifier l'absence de droit de poser des questions⁵⁷⁴. Le temps est donc mûr pour considérer les questions écrites préalables à l'assemblée comme des demandes de renseignements obligeant le directoire au sens du § 131 I 1 AktG. La durée légale de publication de sept jours est alors trop longue pour être susceptible d'alléger la charge du directoire. Une harmonisation des droits allemand et français serait en ce sens bienvenue, mais semble peu probable, le droit français ne posant aucun délai minimum de publication pour les réponses.

226. La pratique française n'a pas souffert des abus évoqués. Le droit français impose aux sociétés d'accepter et de répondre aux questions écrites leur étant parvenues au plus tard quatre jours avant l'assemblée.

Il est difficile – et sans doute sans réel intérêt – de réglementer de manière générale, précise et rigide le laps de temps dans lequel la société doit accepter les questions écrites et publier la réponse en ligne pour être libérée de l'obligation de répondre en séance. Il est honnête de penser qu'une certaine liberté doit être conférée aux sociétés. Une date limite de réception des questions à J-4 ainsi qu'une publication des réponses en ligne aux plus tard à J-1 à 15h pour libérer la société de son obligation de réponse en salle semble être une bonne base. L'on peut imaginer *de lege ferenda* que les statuts soient libres d'alléger cette base aux profits des actionnaires, c'est-à-dire en retenant, d'une part, une date limite de réception plus tardive et/ou, d'autre part, une date de réponse plus éloignée de la date d'assemblée.

⁵⁷² *Idem*, p. 21.

⁵⁷³ *Id.*, p. 27 ; U. NOACK, « Briefwahl und Online-Teilnahme an der Hauptversammlung: der neue § 118 AktG », *WM*, 2009, Heft 49, p. 2291.

⁵⁷⁴ E. RATSCHOW, *loc. cit.* note 536.

SECTION 2 - LA COMMUNICATION ELECTRONIQUE AVEC LES ACTIONNAIRES NON GENERALISEE

227. Appartient-il à l'actionnaire de s'informer ou à la société d'informer ses actionnaires de la tenue d'une assemblée et de distribuer les informations nécessaires à la prise de décision ? La discussion n'est pas nouvelle. Elle a tendance à mélanger la question de la convocation et celle de l'accès aux documents sociaux en période d'assemblée, qui font toutefois l'objet de régimes juridiques relativement distincts. La simplicité et la rapidité de la voie électronique, l'ubiquité et la transparence de l'information en ligne invitent à relancer le débat.

228. De manière générale, la communication individuelle avec les actionnaires bute sur les caractéristiques des différents types d'actions qu'ils détiennent⁵⁷⁵. La société ne peut en effet convoquer directement que les actionnaires dont elle connaît le nom et l'adresse. Aussi les obligations et encouragements légaux relatifs à la convocation individuelle portent-ils par prédilection sur l'actionnariat au nominatif. La société anonyme doit envoyer à chaque actionnaire au nominatif une convocation à l'assemblée, qu'elle accompagne en pratique d'un livret présentant les chiffres clés de l'exercice social et les projets de résolution soumis au vote. En France, l'actionnariat au porteur doit se manifester pour bénéficier de droits comparables ou avoir été identifié sur demande de la société auprès des acteurs de la place financière⁵⁷⁶. Une convocation est ainsi envoyée à grands frais aux actionnaires aux porteurs que la société a souhaité identifier sur la base de leur poids politique afin d'obtenir leur participation à l'assemblée. Le droit allemand impose de son côté aux établissements financiers la retransmission de la convocation à leurs clients concernés. La communication électronique facilite ce transfert d'informations.

La société peut certes aisément informer tout intéressé sur son site internet quant à la procédure à suivre pour participer à l'assemblée. N'est-il pas plus efficace de faire parvenir la convocation à l'actionnaire, à moindre coût, par voie électronique, et non par l'envoi postal d'un document imprimé⁵⁷⁷ ? Est-il problématique que le président du conseil d'administration

⁵⁷⁵ V. Glossaire, « La transmission 'classique' de la convocation », § 0

⁵⁷⁶ V. Glossaire, « Actionnaire au porteur », § 660.

⁵⁷⁷ Environ 11 % du coût d'une assemblée ; AMF, *Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France*, Rapport Y. MANSION (dir.), 06.09.2005, p. 9 ; AMF, *Mise en œuvre des propositions du rapport de l'AMF de 2012 sur les assemblées générales d'actionnaires des sociétés cotées*, 11.02.2015, p. 30 ;

ou du directoire responsable de la convocation puisse prendre la décision d'économiser ces dizaines de milliers d'euros simplement en transmettant ces informations par voie électronique ? Les avantages financiers et environnementaux ne priment-ils pas sur la volonté des quelques actionnaires qui s'opposeraient à la voie électronique ?

Le pouvoir réglementaire français, en exigeant un accord préalable de l'actionnaire avant d'engager une communication par voie électronique, ne l'a apparemment pas entendu de la sorte (§ 1). Le droit allemand laisse pour sa part aux statuts – c'est-à-dire à la majorité qualifiée des actionnaires – le pouvoir de déterminer les moyens de communication des convocations (§ 2). Alors que le « dialogue permanent entre actionnaires et émetteurs » est sous toutes les plumes⁵⁷⁸, il faut étudier les opportunités et les limites que présentent ces modes de communication pour évaluer si la frontière entre le quérable et le portable doit évoluer, tant en matière de convocation à l'assemblée (§ 3), que pour ce qui a trait à l'information des actionnaires et à la transmission de documents sociaux volumineux (§ 4).

§ 1 - L'exigence française d'accord préalable de l'actionnaire

229. La transmission par voie électronique de la convocation à l'assemblée est prévue aux articles R. 225-67 et -68 C. com. présentés. Cette mesure phare du décret du 5 mai 2002 d'application de la loi NRE⁵⁷⁹ était la plus attendue et la plus simple à mettre en place. Elle s'inscrit dans la réflexion relative au vote des actionnaires non-résidents. Ces derniers se plaignaient en effet de délais trop courts ne leur permettant pas, après la réception tardive de la lettre de convocation, d'exercer leurs droits⁵⁸⁰. Il faut bien comprendre que l'envoi postal ou électronique n'a en soi jamais été interdit par la loi. Les statuts ont toujours été libres d'autoriser les dirigeants à prévoir, parallèlement, que la convocation des actionnaires au porteur se manifestant ait lieu par voie postale ou électronique, parallèlement au respect des exigences légales et réglementaires. Ambitieuse sur le fond, la réforme de 2001 fut un appel salutaire à la modernisation des pratiques. Fait suffisamment rare pour être remarqué, le droit fut en avance non seulement sur la pratique, mais aussi sur la technique. Cause d'incertitudes

jusqu'à 30 %, cite-t-on côté allemand, en raison de l'obligation de dédommagement des intermédiaires financiers, cf. S. STRÜWING, « Wohin geht die Reise : Kaffeeahrt oder businessstrip ? », *HV-Magazin*, 2010, p. 12.

⁵⁷⁸ Cf. 1^e partie du rapport de l'AMF présidé par O. POUPART LAFARGE, *Les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées*, 07.02.2012.

⁵⁷⁹ Art. 22 et 23 D. n° 2002-803 du 05.05.2002, JORF 05.05.2002, p. 8718.

⁵⁸⁰ Y. GUYON, « Les dispositions du décret du 3 mai 2002 relatives aux assemblées générales d'actionnaires », *Rev. sociétés*, 2002, p. 421.

pendant des années, cette avance participa d'un certain rejet du texte par les sociétés. La convocation électronique est aujourd'hui très largement appréciée pour sa simplicité et son faible coût⁵⁸¹.

230. Le régime juridique français de la convocation électronique est certes clair et sensé, il impose toutefois une procédure assez lourde. Il repose sur un accord entre la société et l'actionnaire. La procédure posée en 2002 à l'article 120-1 du décret de 1967, recodifié en article R. 225-63 C. com. en 2007, a été profondément reprise et précisée par un décret du 22 décembre 2011⁵⁸². Pour bien saisir le sens du régime juridique en vigueur il faut se pencher parallèlement sur les questions qu'a soulevées le premier décret. La procédure originale prévoyait simplement que « les sociétés qui entendent recourir à la télécommunication électronique en lieu et place d'un envoi postal pour satisfaire aux formalités prévues aux articles 124, 125, 129, 131 et 138 [R. 225-67, -68, 72, 74 et -88 C. com.] doivent recueillir au préalable par écrit l'accord des actionnaires intéressés qui indiquent leur adresse électronique ». Si l'envoi électronique ne répond pas aux attentes des actionnaires, « ces derniers peuvent à tout moment demander expressément à la société par lettre recommandée avec demande d'avis de réception que le moyen de télécommunication susmentionné soit remplacé à l'avenir par un envoi postal », poursuit l'article 120-1 (ab.) du décret de 1967. L'article R. 225-63 C.com. a doublé de taille avec le décret de 2011. Entré en vigueur le 1^{er} mars 2012, en pleine saison des convocations françaises, le nouvel article ne fait pas plus référence que l'ancienne version à la nécessité d'une modification statutaire pour l'envoi électronique. L'envoi de la convocation par voie électronique ne suppose donc pas de modifier les statuts en ce sens, à moins bien sûr que ces derniers n'aient prévu explicitement l'envoi postal, ou aient précédemment interdit l'envoi électronique, hypothèse envisagée mais moins probable⁵⁸³. La possibilité du recours à la voie électronique est explicitée et généralisée. Un parallélisme formel entre l'accord et le retrait de l'accord est enfin requis.

⁵⁸¹ De véritables campagnes promotionnelles sont mises en place par les sociétés pour convaincre les actionnaires de s'enregistrer à la convocation électronique, jeux de tirages au sort et cadeaux à l'appui.

⁵⁸² Art. 2 D. n° 2011-1473 du 09.11.2011, JORF 10.11.2011, p. 1889.

⁵⁸³ ANSA, « La signature électronique et le droit des sociétés », n° 04-035, 04.02.04.

I - L'initiative de la société

231. Les choix opérés dans la formulation du texte transcrivent une politique incitative. Il s'agit de convaincre les sociétés d'adopter l'envoi électronique dans le respect de la volonté des actionnaires. L'initiative appartient ainsi « aux sociétés qui entendent recourir à la télécommunication »⁵⁸⁴. Dans les faits, il faut distinguer le cas des actionnaires au nominatif du cas des actionnaires au porteur. L'article R. 225-63 étudié concerne uniquement l'actionnariat au nominatif, puisqu'il y est question de la procédure pour satisfaire aux formalités prévues aux articles R. 225-67 al. 2 et -68 C. com. relatif à la convocation des actionnaires au nominatif. Or la société dispose d'une fiche de contact de ces actionnaires dont elle gère le compte-titres. Aussi n'est-il pas surprenant que le texte propose aux sociétés de les contacter pour leur proposer d'être convoqués par voie électronique. Les actionnaires aux porteurs ne sont pas exclus pour autant. L'article R. 225-69 C. com. relatifs aux délais de publication et de transmission de la convocation évoque l'envoi des lettres et la transmission par télécommunication. La transmission électronique est donc autorisée dans l'absolu, puisque présente dans la liste exhaustive des moyens légaux de convocation. La société ne pouvant prendre contact directement avec ces actionnaires, elle peut les inciter à s'inscrire sur son site internet afin de recevoir une convocation par voie électronique. L'action au porteur étant encore très largement diffusée en France, en proportion fortement majoritaire dans les sociétés cotées, c'est la situation de fait à laquelle le droit est confronté. La société garde certes l'initiative, car elle doit inciter l'actionnaire à se manifester et le lui permettre, mais le concours de volonté restera le fruit d'une certaine coïncidence.

232. Depuis 2011, « les sociétés qui entendent recourir à la communication électronique en lieu et place d'un envoi postal pour satisfaire aux formalités prévues aux articles R. 225-67, R. 225-68 [...] soumettent une proposition en ce sens aux actionnaires inscrits au nominatif, soit par voie postale, soit par voie électronique ». Notons que le nouvel article R. 225-63 C. com. évoque explicitement les actionnaires au nominatif, alors qu'il était question auparavant des « actionnaires intéressés ». Ne relevaient pourtant déjà du champ d'application de l'ancienne version de l'article que les actionnaires au nominatif. Cet amendement du texte n'est donc qu'une simple précision et non une restriction du champ d'application de l'article R. 225-63 C. com. La procédure à suivre pour les actionnaires au

⁵⁸⁴ L'on comprend en effet qu'*a contrario*, il ne serait pas pertinent de demander aux sociétés d'attendre qu'on les contacte.

porteur désirant être convoqués directement par la société est donc librement fixée par la société, qui peut aussi très bien ne pas le permettre, voire le refuser à ceux qui en feraient la demande. La société n'a cependant aucun intérêt à se fâcher avec ses actionnaires. Seuls les statuts peuvent imposer aux dirigeants d'accepter les demandes individuelles ou collectives d'actionnaires au porteur portant sur l'envoi électronique des convocations aux assemblées.

233. Précisons enfin que la société peut prendre contact avec l'actionnaire par voie postale ou électronique. La forme de la proposition de la société n'est pas déterminante pour la validité de la réponse, de l'accord de l'actionnaire. Elle n'était pas non plus évoquée auparavant. La forme comme les modalités d'envoi de la proposition étaient donc libres. Seules ces modalités d'envoi de la proposition sont maintenant déterminées (postal ou électronique), sans que cela ne restreigne concrètement le champ des possibilités d'envoi. L'amendement de l'article n'est alors qu'un encouragement de plus à l'intention des sociétés. En explicitant ses intentions, le décret insiste. Il incite les sociétés à recourir à la voie électronique, en premier lieu celles ayant besoin d'être rassurées par des dispositions sans équivoque.

II - L'accord de l'actionnaire

234. Les formalités relatives à l'accord de l'actionnaire relèvent du droit de la preuve de la convocation. La répartition de la charge de la preuve de la convocation n'est pas évidente. Il est impossible pour l'actionnaire de prouver qu'il n'a pas été convoqué à l'assemblée. Parallèlement, il n'est pas simple pour la société de prouver qu'elle a bien procédé à l'envoi de la convocation. Confrontée à la question, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé, au visa de l'article 1315 (al. 2nd *a priori*) du Code civil, qu'il « appartient à celui qui se prétend libéré d'une obligation d'en rapporter la preuve »⁵⁸⁵. Elle cassa l'arrêt de la Cour d'appel qui relevait que l'actionnaire n'avait pas apporté la preuve du défaut de convocation. Il n'incombe ainsi pas à l'actionnaire de prouver qu'il n'a pas été convoqué de manière régulière. Les sociétés, sur lesquelles repose la charge de la preuve de la convocation, doivent ainsi être en mesure de prouver que les procédures de convocation ont été respectées, et ce

⁵⁸⁵ Cass. com., 10.11.2009, n° 05-15.809, F-D, Combret c/ Compagnie méditerranéenne cinématographique (COMECI), note M.-L. COQUELET, « Qui de l'associé ou de la société a charge de prouver l'absence de convocation à une assemblée générale ? », *Dr. sociétés*, mars 2010, n° 3, comm. 40.

pour les assemblées générales des trois dernières années⁵⁸⁶. L'accord de l'actionnaire relatif à la convocation électronique s'ajoute à ces informations que la société doit être en mesure de prouver. Pour bien saisir la portée du droit positif relatif à la convocation électronique (B), il est nécessaire de présenter les discussions relatives à son régime juridique à la suite de son apparition dans le Code de commerce (A).

A) L'exigence révolue d'un accord écrit

235. Selon l'ancienne procédure prévue par le décret du 5 mai 2002, l'accord de l'actionnaire au nominatif doit être recueilli par écrit. Notons d'abord que lorsque le langage juridique exige qu'un accord soit requis sous une forme particulière, c'est en principe tant la demande que la réponse, l'accord en question, qui doivent respecter cette forme. En pratique, et tout particulièrement dans notre cas, seul l'accord de l'actionnaire emporte des effets juridiques. L'accord de l'actionnaire donné par écrit ne saurait en aucun cas être annulé sur le fondement que la demande a été formulée par oral. La société informant ses actionnaires par téléphone qu'ils peuvent aisément donner leur accord par écrit (le plus souvent sur le site internet de la société) ne méconnaît pas le formalisme posé par l'article. L'accord écrit est en effet une mesure qui protège autant l'actionnaire que la société, car si l'accord (*negotium*) est protecteur de l'actionnaire, l'écrit (*instrumentum*) ne protège en effet que la société. L'accord protège l'actionnaire car quoi que l'on en dise, la voie électronique n'est pas la plus opportune pour tout le monde, particulièrement pour les personnes âgées non habituées et préférant une correspondance papier. L'écrit papier reste au demeurant plus facilement opposable en justice. En donnant son accord, l'actionnaire s'engage à accepter sa convocation sous une autre forme. L'écrit est bien, quant à lui, une sécurité offerte à la société. Ce document permettra de prouver que la convocation a été envoyée de manière régulière. L'écrit est en l'occurrence un acte *ad probationem*. Le mépris de cette forme n'entache pas la validité de l'acte. L'accord de l'actionnaire par simple clic sur une page internet sera respecté par la société, qui lui enverra la convocation par voie électronique, mais elle aura plus de mal à lui opposer son accord, le cas échéant, si l'on considère que ce clic n'est pas un écrit. La question de la nature de l'écrit, papier ou électronique, est ainsi peut-être moins essentielle qu'il n'y paraît.

⁵⁸⁶ Délai de prescription de l'action en nullité d'actes des délibérations, cf. art. L. 235-9 al. 1^{er} C. com.

236. Si la société disposait de l'adresse électronique de l'actionnaire, il lui serait possible de requérir son accord préalable par message électronique, contrairement à ce que certains affirmèrent un peu vite⁵⁸⁷. En attente de précisions – qui ne viendront que par le décret du 9 novembre 2011 – il s'agissait, pour s'en assurer, de relever la définition légale de l'écrit à la date d'application du texte, c'est-à-dire entre 2002 et 2012. Or la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information posa dans un article 1316-3 du Code civil que « l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ». Le syllogisme suivant s'imposait : l'écrit de l'actionnaire est un acte *ad probationem*, or le droit civil confère à l'écrit électronique la même force probante que le l'écrit papier, l'écrit de l'actionnaire peut donc aussi bien être papier qu'électronique. Il est vrai que l'ancien article 120-1 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales ne l'autorise pas explicitement, contrairement à la méthode suivie dans d'autres articles pour marquer l'évolution du droit et inciter les destinataires de ces droits à adopter les nouvelles possibilités accordées. Pour autant, l'impératif de cohérence du droit s'oppose ici à une interprétation restrictive du décret. L'article 13 du décret en question remplace d'ailleurs l'expression « par lettre ou par télégramme », à l'expression « par écrit », afin de souligner l'adaptation de la notion d'écrit aux nouvelles technologies⁵⁸⁸. Ceux qui considéraient, au demeurant, que l'écrit de l'actionnaire est un acte *ad valitatem*, c'est-à-dire nécessaire à la validité de l'accord, durent attendre la loi pour la confiance dans l'économie numérique de 2004⁵⁸⁹ pour se convaincre de reconnaître l'égalité des écrits papier et électronique posée à l'article 1108-1 du Code civil. Si ces dispositions du Code civil relatives à l'écrit électronique s'appliquent d'abord aux conventions de droit commun, elles s'appliquent aussi, par extension, et non par analogie, aux communications et notifications du droit commercial, sauf si se dernier y déroge, ce qui n'est pas le cas. En l'occurrence, la réunion de la proposition de la société et de l'accord de l'actionnaire forme une convention, pour laquelle le droit spécial des sociétés ne prévoit pas de règles particulières qui s'opposeraient aux dispositions générales précitées du Code civil.

⁵⁸⁷ Cf. comm ss art. R. 225-63 C. com., dont les auteurs avancent qu'un « accord écrit sous forme papier était jusqu'alors nécessaire », A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés*, Dalloz commenté, 2015 ; M. ROUSSILLE, « Internet au service du formalisme des assemblées sociétaires », *Dr. sociétés*, janv. 2012, rep. 1.

⁵⁸⁸ É. A. CAPRIOLI, « Le vote électronique dans les AG », *Droit et Patrimoine*, 2003, n° 120, p. 93.

⁵⁸⁹ LCEN, loi n° 2004-575 du 21.06.2004, JORF 22.06.2004, p. 11168.

B) La transmission de l'accord

237. Le décret du 9 novembre 2011 permet explicitement à l'actionnaire de donner son accord par voie postale ou électronique. Cette modification fut demandée dans une note au gouvernement co-rédigée par l'ANSA, l'AFEP, l'AFTI, la CCIP et le MEDEF⁵⁹⁰. La notion « par écrit » inscrite en 2002 (anc. art. 120-1 C. com.) disparaît de l'article R. 225-63 C. com. La portée d'une telle modification est plus importante qu'elle n'y paraît. Elle libère l'accord de toute contrainte de forme. Certains rares commentateurs reconnaissaient justement à la lecture de l'ancienne version que la notion d'écrit acceptait tant l'écrit papier que l'écrit électronique. Pour justifier cette position, l'on se référait à la reconnaissance successive par le droit civil de l'égalité de ces écrits quant à leur force probante⁵⁹¹ et à leur validité⁵⁹². En supprimant la notion d'écrit, le décret ne prescrit plus de forme à l'accord de l'actionnaire. Le texte quitte en effet la question de la forme de l'accord pour se placer sur le terrain des modalités d'envoi. Se faisant, le règlement quitte le terrain de la preuve, et passe du domaine de la forme au domaine de la communication, et offre de nouvelles libertés aux intéressés. Ces deux domaines sont certes liés mais distincts. Liés, car d'une manière ou d'une autre, la forme de l'accord conditionne la forme de l'envoi : l'écrit électronique sera en principe transmis par voie électronique, alors que l'écrit papier sera envoyé par voie postale. Distincts, par nature, car la forme est un état, tandis que l'envoi est une action. En pratique, les frontières s'estompent, l'accord original étant susceptible de changer de forme. L'expéditeur pourra imprimer son écrit électronique pour l'envoyer par voie postale, tout comme il pourra scanner un écrit papier pour le transmettre par voie électronique. Parallèlement, le destinataire pourra imprimer un écrit électronique ou scanner un écrit papier à des fins d'archivage. Distincts, ensuite, car l'accord peut être transmis par voie électronique sans même être un écrit. L'accord par téléphonie numérique (*Voice over Internet Protocol, VoIP*) ou par visioconférence (*Video over IP*), mais aussi l'accord matérialisé par le clic sur une page internet est bien transmis par voie électronique, mais il ne sera pas un écrit, ni au sens littéraire, ni au sens juridique. Il ne faut donc pas confondre la corrélation donnée entre la forme de l'accord et les modalités d'envoi, et une causalité (supposée) qui imposerait que la voie électronique nécessite un écrit électronique.

⁵⁹⁰ ANSA, « Simplification du droit des sociétés », n° 11_017, 04.2011.

⁵⁹¹ Art. 1316-3 C. civ., loi n° 2000-230 du 13.03.2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information, JORF 14.03.2000, p. 3968.

⁵⁹² Art. 1108-1 C. civ., LCEN.

Libéré de la contrainte formelle, l'accord doit seulement et simplement parvenir à la société par voie postale ou électronique. Les sociétés sont de fait de plus en plus nombreuses à proposer une convocation électronique à leurs actionnaires, en leur permettant, par exemple, de matérialiser le consentement par un simple clic de souris.

III - Le retrait de l'accord

238. Le retrait de l'accord de l'actionnaire, c'est-à-dire son désir de revenir à l'envoi postal de la convocation, soulève deux questions : l'une relative à la forme de ce retrait, l'autre à la date du retrait, qui doit être étudiée au regard du calendrier des obligations préparatoires entourant l'assemblée générale et fera donc l'objet de futurs développements⁵⁹³. Une fois encore, la discussion ouverte sous le régime juridique de la loi NRE est nécessaire à la compréhension du droit positif.

239. Le décret de mai 2002 précité exigeait que l'actionnaire s'exprime contre l'envoi électronique par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Les raisons d'une telle exigence ne sont pas évidentes. Pourquoi l'accord devait-il être donné par simple écrit, et repris par une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ? L'avis de réception constitue pour l'actionnaire une preuve opposable envers la société, ce qui est la seule explication pertinente. Le décret se place donc sur le terrain de la preuve, ce qui renforce la démonstration précédente arguant que l'accord écrit de l'actionnaire n'est qu'un acte *ad probationem*. Quoi qu'il en soit, le parallélisme de la forme et des modalités d'envoi entre l'accord et sa résiliation est toujours souhaitable, à défaut de justifications particulières. Il sera d'ailleurs adopté en 2011.

Les plus avant-gardistes des commentateurs étudièrent si la notion de lettre recommandée acceptait la voie électronique ou s'il n'était question que de la forme traditionnelle, à savoir un écrit transmis par voie postale. À la date de rédaction du premier décret, la lettre recommandée ne connaît pas d'équivalent électronique reconnu par la loi. Preuve en est à l'article 29 du décret de mai 2002, qui ajouta à l'article 129 du décret de 1967 (art. R. 225-72 C. com.) « après les mots : lettre recommandée, [...] les mots : ou par un moyen électronique de télécommunication ». Cette version étant d'ailleurs toujours en vigueur en 2015. M. É. A. Caprioli, l'un des premiers spécialistes du droit du numérique,

⁵⁹³ V. *infra*, « Le retrait de l'accord », § 321.

plaidait à l'époque pour une interprétation extensive de l'envoi recommandé et contre une vision « conservatrice », jugeant que « ce n'est pas en ce sens que va l'histoire du droit », tout en espérant la sanction par les juges d'une position « aussi restrictive »⁵⁹⁴. Or la singularité de la lettre recommandée ne permet pas de l'assimiler à un simple écrit. De fait, la lettre recommandée est une modalité d'envoi, l'écrit est une contrainte de forme. L'élargissement de la force probatoire et de la validité des actes juridiques électroniques opéré plus haut aux conventions et communications du droit des sociétés n'est donc pas envisageable pour la lettre recommandée. Une ordonnance du 16 juin 2005 introduit bien la possibilité d'envoyer une lettre recommandée par voie électronique. Mais l'article 1369-8 du Code civil ainsi créé restreint explicitement son champ d'application « à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat », ce que reconnaît justement M. Caprioli en 2011⁵⁹⁵, date de parution du décret en Conseil d'État chargé de l'application du texte⁵⁹⁶. Par conséquent, la lettre recommandée avec demande d'avis de réception dont il est question à l'article R. 225-63 C. com. ne pouvait pas être envoyée par voie électronique. Il y a toutefois fort à penser que la reconnaissance légale de la lettre recommandée électronique opérée en 2005 s'étende à l'avenir à toute disposition imposant l'utilisation de la lettre recommandée.

240. Le décret du 9 novembre 2011 vient mettre un peu d'ordre. Il opte pour le parallélisme entre les modalités d'envoi de l'accord et les modalités de retrait de l'accord. Le retour à l'envoi postal peut ainsi être demandé « soit par voie électronique, soit par voie postale ». Le décret aurait pu, par renvoi, faire référence à la lettre recommandée électronique de l'article 1369-8 du Code civil, dont il aurait ainsi étendu le champ d'application de manière ponctuelle⁵⁹⁷. Telle n'est pas la solution retenue.

Ce choix est le bon et n'appelle pas à d'autres développements. Le droit allemand, quant à lui, abandonne plus aisément ce type de décisions aux statuts.

⁵⁹⁴ É. A. CAPRIOLI, *loc. cit.* note 588.

⁵⁹⁵ É. A. CAPRIOLI, « La lettre recommandée électronique, un nouveau décret pour la 'confiance numérique' », *Comm. com. électr.*, 04.2011, comm. 40.

⁵⁹⁶ D. n° 2011-144 du 02.02.2011 relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat, JORF 04.02.2011, p. 2274.

⁵⁹⁷ É. A. CAPRIOLI, « Les formalités de communication par voie électronique en matière de droit des sociétés », *Comm. com. électr.*, janv. 2012, comm. 9.

§ 2 - *Les statuts de droit allemand et la transmission électronique de la convocation*

241. La transmission électronique de la convocation se développe mais peine encore à s'imposer⁵⁹⁸. Une courte présentation – approfondie en annexe⁵⁹⁹ – des dispositions de droit allemand relatives à la distribution « classique » de la convocation à l'assemblée générale est nécessaire à l'analyse du régime juridique de la convocation électronique, explicitement autorisée dans les motivations de projet de loi, mais largement renvoyée aux statuts. La transmission de la convocation est réglementée par trois paragraphes de l'*Aktiengesetz*.

Premièrement, le § 125 I AktG dispose que « le directoire doit transmettre la convocation à l'AG au moins 21 jours avant l'assemblée aux établissements de crédit et aux associations d'actionnaires ayant exercé des droits de vote pour des actionnaires lors de l'AG précédente, ainsi qu'aux établissements ou associations ayant demandé à recevoir une convocation ». Le § 125 II AktG dispose ensuite que « cette même communication doit être transmise par le directoire aux actionnaires qui le demandent ou qui sont inscrits à l'ouverture du 14^e jour avant l'assemblée au registre des actionnaires de la société ». D'une part, le droit allemand impose à la société (cotée ou non⁶⁰⁰) de transmettre une convocation à tout actionnaire au porteur le requérant, contrairement au droit français n'évoquant pas cette hypothèse. D'autre part, les actionnaires au nominatif sont convoqués directement par la société – comme ceux de droit français. Deuxièmement, le § 121 IV AktG prévoit que la convocation de l'ensemble des actionnaires (au nominatif) par lettre recommandée libère la société de l'obligation de publication, à moins que les statuts ne prévoient autre chose⁶⁰¹. Troisièmement, le § 128 AktG impose aux intermédiaires financiers destinataires de la convocation (§ 125 I AktG) de la redistribuer à leurs clients actionnaires au porteur⁶⁰².

242. Le droit allemand ouvre la voie électronique dans les trois hypothèses présentées (§§ 125, 121 et 128 AktG). Le législateur allemand confirme explicitement la possibilité de

⁵⁹⁸ D. FRANZ, « Sie haben Post - Elektronische Hauptversammlungseinladung setzt sich nur langsam durch », *HV-Magazin*, 2013, p. 10 ; M. AHLERS, *idem*, p. 14 ; F. DIEHL, A. BALLING, « Eine Alternative mit Potenzial HV-Versand per E-Postbrief », *HV-Magazin*, 2013, p. 16 ; K. v. NUSSBAUM, « Aktionärskommunikation vor und während der Hauptversammlung », *HV-Magazin*, 2013, p. 22.

⁵⁹⁹ V. Glossaire, « Transmission 'classique' de la convocation », § 0

⁶⁰⁰ Le droit allemand n'interdisant « pas encore » aux sociétés non cotées d'émettre des actions au porteur ; v. Glossaire, § 683.

⁶⁰¹ V. Glossaire, « Convocation directe de l'ensemble des actionnaires », § 682.

⁶⁰² Qui ne peuvent pas se libérer contractuellement de cette obligation légale envers leurs clients actionnaires ; v. Glossaire, « Retransmission des informations aux actionnaires au porteur », §684.

convoquer les actionnaires au nominatif par voie électronique, voire uniquement par voie électronique (I). La convocation directe de l'ensemble des actionnaires au nominatif afin d'être libéré de l'obligation de publication peut se faire par voie électronique, bien que la loi n'évoque que l'envoi par lettre recommandée (II). Enfin, les statuts peuvent aussi imposer la communication électronique entre l'établissement financier teneur de compte et son client actionnaire, ce qui n'est pas sans soulever quelques interrogations relatives à l'opportunité comme à la légalité de cette mesure (III).

I - La transmission de la convocation aux actionnaires et intermédiaires financiers connus

243. Le § 125 II AktG ne s'intéresse pas à la forme de la communication, mais seulement à ses modalités d'envoi. La loi relative à l'action au nominatif de 2001⁶⁰³ a modifié la formulation du § 125 II AktG afin d'ouvrir plus clairement la voie à la communication électronique. La nuance, non traduisible en français, ne touche vraiment ni au sens ni à la portée de la norme⁶⁰⁴. Les motivations du gouvernement lors de la présentation du projet de loi respectif affirment bien qu'il s'agit seulement d'adopter une formulation « plus ouverte qui montre clairement que l'envoi électronique (liste de diffusion, technologie « push »⁶⁰⁵) ne doit pas être exclu à l'avenir »⁶⁰⁶.

244. L'ARUG de 2009 amende plus amplement le § 125 II AktG. La loi de transposition de la directive « actionnaires » y ajoute que « les statuts peuvent limiter la communication à la voie électronique ». Les motivations du gouvernement rappellent que la voie électronique était déjà permise, mais précisent qu'il est possible à présent de faire passer la

⁶⁰³ NaStraG, 18.01.2001, BGBl. I, p. 23.

⁶⁰⁴ « *Die gleiche Mitteilung hat der Vorstand den Aktionären zu übersenden* », est alors rédigé « *Die gleiche Mitteilung hat der Vorstand den Aktionären zu machen* ». Le terme « *übersenden* » (« envoyer ») serait connoté comme faisant référence à un envoi papier traditionnel, ce qui est aujourd'hui loin d'être évident, alors que le vocabulaire de l'internet s'approprie de plus en plus le langage courant.

⁶⁰⁵ Aussi appelée en français du Québec, non sans violence, « technologie du pousser ».

⁶⁰⁶ « Le nombre de compte-titres gérés par des services de banque en ligne ('*electronic banking*') ou de courtage en ligne ('*electronic brokage*'), possédés aussi par des actionnaires individuels, a augmenté de manière significative et il est probable qu'il gagne encore en importance. Il est possible qu'un service d'envoi électronique soit proposé comme alternative à l'envoi écrit traditionnel et souhaité par les détenteurs de compte-titres. Une communication similaire entre la société et les actionnaires au nominatif est envisageable et ne doit pas être exclue. La notion 'communiquer' signifie que la société doit prendre les mesures organisationnelles nécessaires à ce que les informations arrivent aux actionnaires dans des circonstances normales. Cela est opéré aujourd'hui par voie postale, donc par écrit » (*schriftlich*) ; RegE NaStraG, « Zu § 125 AktG », BT-Drs. 14/4051, p. 12.

communication entièrement ou partiellement par voie électronique⁶⁰⁷. La voie électronique pourrait ainsi par exemple être réservée aux actionnaires dont l'adresse électronique est connue. « Une exclusion complète de l'envoi papier est possible mais n'est pas d'actualité », au regard des questions relatives à la présence des actionnaires et tout particulièrement de la situation des sociétés émettrices d'actions au porteur. « Mais il n'y a pas de raison de ne pas ouvrir cette voie dès aujourd'hui », poursuit le législateur. Dans son enthousiasme, le gouvernement fait enfin référence au « § 30 III 1 d WpÜG [sic⁶⁰⁸], dont les conditions sont à observer lors du passage à la communication électronique ». La *Wertpapierhandelsgesetz*, pendant allemand du code monétaire et financier, dicte en effet en son § 30 III la procédure à respecter pour la communication d'informations entre la société anonyme et ses actionnaires (A). Sa relation avec l'*Aktiengesetz* n'est pourtant en l'occurrence pas évidente, rendant ce renvoi informel d'autant plus problématique (B).

A) Les conditions du § 30b III WpHG

245. Le § 30b III WpHG est issu de la loi de transposition⁶⁰⁹ de la directive « transparence »⁶¹⁰ (TUG) et s'adresse aux sociétés émettrices siégeant en Allemagne. L'objet de la norme englobe tant les informations financières que la convocation à l'assemblée générale. La loi autorise ces sociétés, parallèlement à la publication des informations (§ 30b I et II WpHG), à les communiquer aux propriétaires de valeurs mobilières par télétransmission, « si les coûts engagés ne violent pas le principe d'égalité de traitement des actionnaires (§ 30a I 1 WpHG) ». L'on comprend bien que l'envoi électronique d'informations ne se conçoit pas comme le privilège des actionnaires au nominatif. Le paragraphe liste ensuite les conditions pour la validité de l'envoi électronique.

246. La modalité d'envoi doit, premièrement, avoir été acceptée en assemblée générale. Cette condition est jugée particulièrement lourde voire contreproductive. Elle ne s'inscrit en effet pas dans la logique supplétive qui régit les autres dispositions relatives à la voie électronique. La voie électronique relève certes généralement des statuts. Le § 125 II 2 AktG

⁶⁰⁷ RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 31 ; G. REGER, in T. BÜRGER, T. KÖRBER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2011, « § 125 AktG », p. 1020 ; des travaux doctoraux estimaient un peu vite que l'ancienne législation n'interdisait pas une telle limitation, jugeant suranné l'argument développé par la doctrine majoritaire craignant que les actionnaires n'ayant pas internet ne recevraient pas de convocation ; cf. W. PIELKE, *Die virtuelle Hauptversammlung*, Nomos, 2009, p. 152.

⁶⁰⁸ Il s'agit bien sûr de la *Wertpapierhandelsgesetz* (WpHG), non de la *Wertpapierübernahmegesetz* (WpÜG).

⁶⁰⁹ TUG, 05.01.2007, BGBl. 2007 I 1, p. 10.

⁶¹⁰ Plus précisément des articles 17 al. 3 et 18 al. 4 dir. « Transparence ».

autorise ainsi les statuts à restreindre la communication à la voie électronique. Mais la communication était déjà possible avant cette clause statutaire, qui va plus loin et autorise la société à faire de l'envoi électronique la règle⁶¹¹.

247. La seconde condition (§ 30b III b WpHG) est que le choix du mode de télétransmission ne dépende pas du lieu du siège ou du lieu d'habitation des détenteurs des actions, ou de leurs représentants. Le point C exige ensuite que soient engagées des mesures fiables d'identification et « d'adressage » des actionnaires⁶¹², de ceux qui exercent le droit de vote, ou de ceux autorisés à émettre des instructions de vote.

248. La dernière condition est relative à l'accord de l'actionnaire (§ 30b III d WpHG). Seule cette condition fut évoquée par le législateur dans l'exposé des motifs du projet de loi de l'ARUG. Il faut que « la communication par télétransmission ait été acceptée expressément, ou qu'une demande d'accord écrite⁶¹³ n'ait pas été rejetée durant une certaine durée, et que cet accord tacite n'ait pas été révoqué par la suite ». Deux remarques s'imposent.

Premièrement, l'accord de l'actionnaire peut être donné et requis par voie électronique. La pratique n'avait pas attendu la transposition de la directive « transparence » pour recueillir ces accords en ligne. Des messages électroniques des sociétés incitaient déjà les actionnaires à donner leur accord sur le site internet de la société⁶¹⁴.

Deuxièmement, l'accord de l'actionnaire peut aussi résulter de son silence, ce que ne permet pas le droit français. Cette mesure, qui fait *a priori* primer les intentions de la société, est aisément justifiable. L'on peut en effet considérer que l'accord de l'associé est exigé à deux reprises. Il émet de fait un premier accord de principe, un accord de groupe, à travers

⁶¹¹ Le législateur se sert donc de la liberté statutaire pour assouplir les exigences légales. C'est dès lors une liberté de choix qui est offerte aux sociétés, afin qu'elles jugent, pour elles, si elles sont en mesure d'organiser leur communication par voie électronique. Or la condition ici évoquée n'est pas construite comme une liberté statutaire. Elle constitue seulement une obligation formelle quelque peu disproportionnée à l'enjeu de la norme.

⁶¹² L'expression « *Adressierung* » relève, en français comme en allemand, du langage informatique. Elle n'est pas issue de la directive « transparence » qui se contentait de l'identification de l'actionnaire. Elle signifie simplement que la société doit s'assurer que les messages électroniques envoyés parviennent bien à l'actionnaire.

⁶¹³ « *Textform* » : écrit papier comme électronique, alors que la directive « Transparence » utilisait l'expression « *schriftlich* », qui désigne l'écrit papier, art. 17 al. 3 c. Ce changement est peut-être opéré justement en raison du contrôle de « l'adressage », qui permet de s'assurer que l'actionnaire reçoit bien les messages électroniques.

⁶¹⁴ L'actionnaire était ainsi dirigé vers une page internet (*Internet-Dialog*) où il pouvait s'identifier et donner son accord par simple clic, après avoir confirmé son adresse électronique. Cette pratique, assure le gouvernement dans sa l'exposé des motifs du projet de loi de transposition, n'est pas remise en question par le nouveau § 30b III WpHG ; RegE TUG, « Zu Nummer 14 », BT-Drs. 16/11642, p. 30.

l'autorisation statutaire. Le caractère tacite de l'accord personnel de l'actionnaire est dès lors moins problématique, tant juridiquement que moralement. Enfin, l'actionnaire, en communiquant son adresse électronique à la société, doit s'attendre à ce que la société prenne contact avec lui. La requête de la société doit clairement informer l'actionnaire que son absence de réponse vaut acceptation. Son silence pourra alors être considéré comme l'expression de son assentiment⁶¹⁵. Aussi peut-on approuver cette mesure qui encourage et facilite le recours à la voie électronique, et dont la légitimité principale repose sur une clause statutaire.

B) La relation entre les § 125 II AktG et § 30b III d WpHG

249. Lors de la présentation de la NaStraG en l'an 2000, le gouvernement s'est contenté d'écrire que « si l'actionnaire n'a pas donné volontairement son adresse électronique pour cette communication, il ne peut pas être contacté par voie électronique »⁶¹⁶. Il se prononçait ainsi de manière tâtonnante pour l'exigence d'un accord de l'actionnaire, sans réellement préciser si un accord tacite résulterait de la simple transmission par l'actionnaire de son adresse électronique à la société. En 2009, le gouvernement se contente d'évoquer le § 30b III d WpHG, plus exigeant, dans les motivations de la loi transposition de la directive « actionnaires ». Dans son avis relatif au projet de loi ARUG, le *deutsche Aktieninstitut* (DAI), association de droit privé représentante des intérêts des places financières allemandes, s'étonna de cette allusion sans la moindre explication⁶¹⁷. En effet, le rapport entre le droit financier du WpHG et le droit des sociétés de l'AktG n'est pas clair.

250. L'opinion majoritaire de la doctrine, en accord avec la pratique craignant la nullité de la convocation, considère que le § 125 AktG exige de la société qu'elle obtienne l'accord explicite de l'actionnaire pour pouvoir lui envoyer la convocation par voie électronique⁶¹⁸. Ils ne prennent ainsi pas au sérieux la référence informelle du législateur au § 30b III d WpHG,

⁶¹⁵ Certes la pratique quotidienne risque d'être différente. Si l'actionnaire ne répond pas à la requête de la société, c'est peut être et surtout qu'il ne l'a pas lue, et il serait risqué d'espérer qu'il lise alors la convocation à l'AG envoyée dans les mêmes modalités. Mais nous n'en sommes plus aux débuts de l'internet. 1,9 % des adultes allemands utilisent internet pour leurs opérations de bourse (Investment Trends, « 475 000 actionnaires individuels actifs sur Internet en France », Éd. F. Lefebvre, *boursorama.com*, 04.01.2013). Celui qui, aujourd'hui, communique son adresse électronique, sait s'en servir et consulte sa messagerie.

⁶¹⁶ RegE NaStraG, « Zu § 125 AktG », BT-Drs.14/4051, p. 12.

⁶¹⁷ DAI, « Stellungnahme zum Regierungsentwurf des ARUG », 23.02.2009, p. 24.

⁶¹⁸ Comme le relève U. NOACK, « Die Aktionärsrechte-Richtlinie », in L. ADERHOLD *et al.*, *Fs. für H. P. Westermann*, Schmidt, 2008, p. 1210 ; cf. par ex. T. HEIDEL, *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*, 4^e éd., 2014, « § 125 AktG » ; U. HÜFFER, *loc. cit.* note 532.

qui autorise l'accord tacite. Paradoxalement, certains auteurs recommandent ensuite d'appliquer le § 30b WpHG dans son intégralité, c'est-à-dire de procéder à la modification statutaire, à laquelle le législateur ne faisait pas allusion dans sa justification⁶¹⁹. Sans relever d'ambiguïté, d'aucuns se limitent à la lettre du WpHG et rappellent que l'ensemble du § 30b WpHG s'applique aux sociétés cotées⁶²⁰.

Pour l'*Aktieninstitut*, plus lucide et conséquent dans sa prise de position, la directive « actionnaires » (droit spécial) prime sur la directive « transparence », plus générale. La directive « actionnaires » poursuit l'objectif de simplification de l'exercice des droits des actionnaires, notamment en facilitant l'utilisation de la voie électronique. Or l'exigence de modification statutaire du WpHG, imposée aux sociétés cotées, est une barrière à l'exercice de ces droits. Quand bien même les actionnaires étrangers minoritaires demanderaient tous une convocation par voie électronique, leur demande ne pourrait être acceptée si l'assemblée générale s'est opposée à la voie électronique. Que la directive « transparence » entrave la directive « actionnaires » est « pour ainsi dire absurde », conclut l'institut dans sa critique du projet de loi, incitant le législateur à clarifier la relation entre les deux textes. En effet, les champs d'application des deux normes s'entrecoupent sur la convocation à l'assemblée générale des sociétés cotées. Pour ces dernières, le droit financier a vocation à s'appliquer pleinement et l'on ne voit guère de raison justifiant son éviction, d'autant plus lorsque le législateur y fait référence⁶²¹.

⁶¹⁹ *Ibidem*.

⁶²⁰ Cf. K. SCHMIDT, M. LUTTER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2010, « § 128 », p. 1715 ; ce faisant, ils omettent que le législateur estime que les conditions d'accord du point D s'imposent à toutes les sociétés, cotées ou non, et que ces conditions ne sont évoquées dans l'exposé des motifs du projet de loi ARUG modifiant le § 125 II AktG que pour guider les sociétés, les conseiller. Enfin, tentant d'accorder le plus logiquement possible les textes avec cette allusion du législateur, une partie de la doctrine juge, en s'inspirant du – et non en appliquant le – point D du § 30b III 1 WpHG, que la clause statutaire évoquée par le § 125 II 2 AktG, qui permet de restreindre la communication à la voie électronique, doit parallèlement permettre à l'actionnaire de refuser individuellement la convocation électronique. L'actionnaire qui donne son adresse électronique dans sa demande de convocation ou dans le registre des actionnaires est alors considéré comme consentant, celui qui ne la donne pas comme refusant la convocation électronique (G. REGER, *op. cit.* note 607, p. 1021). Cette solution aisément applicable n'est toutefois pas juridiquement satisfaisante. La clause statutaire du § 125 II 1 AktG n'est pas la base légale autorisant la convocation par voie électronique, autorisée de manière claire dès 2001, bien avant l'ARUG de 2009. Elle autorise les sociétés à se limiter à la communication électronique. Les sociétés faisant ce choix peuvent toujours adopter un tempérament, une exception permettant à certains actionnaires de refuser l'envoi électronique. Même si cela mène à une situation juridiquement artificiellement compliquée, l'objet même de la clause étant d'imposer la voie électronique. Parallèlement, les sociétés qui ne souhaitent pas imposer la communication électronique, mais ne veulent pas s'en priver pour les actionnaires consentants, n'ont pas besoin de clause statutaire.

⁶²¹ Pour les sociétés non cotées, exclues du champ d'application du § 30b WpHG, il y a place à interprétation, et la référence au seul point D est juridiquement insatisfaisante. Le législateur ne peut en effet faire référence au seul point D relatif à l'accord de l'actionnaire et mettre entre parenthèses les conditions posées aux autres points car, comme évoqué plus haut, la légitimité même de l'accord tacite de l'actionnaire repose sur la clause statutaire du point A du § 30b III WpHG. Si l'exigence d'une clause statutaire autorisant la communication électronique

251. La pratique s'approprie petit à petit le § 125 II 2 AktG, et n'hésite pas à décliner sa liberté statutaire. Ainsi, la Münchener Rückversicherung AG n'a pas attendu pour limiter statutairement la retransmission de certaines informations à la voie électronique. La communication aux actionnaires le requérant ou au nominatif à J-14, de l'ordre du jour, des éventuelles propositions de résolution ou de points à l'ordre du jour et des informations relatives aux personnes prétendant à un poste au conseil de surveillance (§ 125 I 1 AktG), est explicitement limitée à la voie électronique⁶²². Il ne s'agit donc pas de la convocation à proprement parler, mais de toutes les autres notifications y étant liées qui incombent à la société. Sur le modèle du « *opt-out* », les statuts autorisent un envoi papier aux actionnaires le requérant.

II - La liberté statutaire quant aux modalités d'envoi à l'ensemble des actionnaires au nominatif

252. La convocation de l'ensemble des actionnaires au nominatif se fait en principe par lettre recommandée (§ 121 IV AktG). La loi du 13 juillet 2001 a introduit un tempérament à cette règle⁶²³ : la société connaissant ses actionnaires peut convoquer l'assemblée par lettre recommandée, « si les statuts ne prévoient pas autre chose ». Cette référence autorise-t-elle les statuts à prévoir une convocation par lettre simple, ou par voie électronique ? L'expression « *Wenn die Satzung nichts anders bestimmt* » en question, traduite ci-dessus littéralement, a la même signification et fonction que l'expression française « sauf clause contraire des statuts »⁶²⁴.

s'accorde mal avec les droits offerts par la directive « actionnaires », elle est logique et acceptable dans le strict cadre du WpHG. La référence informelle opérée par le législateur, même si elle propose une application par analogie des modalités d'accord de l'actionnaire, ne fait que mettre en lumière l'incohérence de ces deux textes.

⁶²² « *Die Übermittlung der Mitteilungen nach §§ 125 Abs. 2, 128 Abs. 1 S. 1 des Aktiengesetzes ist in Bezug auf die Tagesordnung, etwaige Ergänzungsverlangen und die Angaben nach § 125 Abs. 1 Satz 5 Aktiengesetz auf den Weg der elektronischen Kommunikation beschränkt. Dasselbe gilt für die Vorschläge zur Beschlussfassung. Auf Wunsch eines Aktionärs sendet die Gesellschaft ihm diese Unterlagen in Papierform* », § 6 (4) des statuts Munich Re, juin 2011.

⁶²³ Art. 27 n° 2, 35 *Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*, 13.07.2001, BGBl. I, p.1542.

⁶²⁴ Ces expressions posent l'hypothèse d'un conflit entre les statuts et une liberté circonscrite, une option précise offerte par la loi, en l'occurrence la possibilité de convoquer les actionnaires directement pour se libérer de l'obligation de publication. Elles résolvent alors ce conflit en donnant priorité aux statuts. Mais ces formules permettent-elles aux statuts de sortir de cette hypothèse, comme le laisserait entendre la traduction littérale « si les statuts prévoient autre chose » ? Autorisent-elles les statuts à prévoir toute autre mesure, dont celles qui s'opposeraient au principe posé dans la proposition principale de la norme ? Ces expressions se placent-elles sinon plus simplement sur un raisonnement binaire du type positif / négatif ? Si l'on choisit la première solution,

La simple lecture de l'article n'offre pas de solution claire. La réponse ressort du contexte d'édition de la loi, et du titre même de la « loi d'adaptation de normes procédurales de droit privé à la pratique moderne du droit des affaires ». Cette loi transversale autorise et précise de manière ponctuelle l'utilisation des nouvelles technologies de communication pour une série de formalités légales, notamment pour les sociétés de petite taille. Les motivations gouvernementales de décembre 2000 relatives aux modifications opérées au § 121 IV AktG sont de même instructives : « Comme l'envoi par lettre recommandée peut, justement pour ces petites sociétés, être inutile voire même constituer dans certains cas une formalité gênante, la norme doit être supplétive, de manière à ce que les statuts puissent désigner une modalité d'envoi moins exigeante »⁶²⁵.

253. Le droit allemand fait ainsi appel aux statuts pour gérer les modalités d'envoi de la convocation. Les motivations du projet de loi précisent parfaitement que l'envoi par lettre recommandée ne relève pas d'une question de forme (*Form*), mais simplement d'une modalité de distribution, de communication, d'envoi (*Zustellungsart*). Le gouvernement allemand fait preuve ici d'une lucidité et d'une pertinence remarquable. Il souligne ainsi dès l'an 2000 que malgré la modalité d'envoi prescrite jusqu'alors, la forme écrite n'était pas imposée, le document pouvant « par exemple être signé mécaniquement »⁶²⁶. « En ce sens, poursuit le gouvernement, la disposition ne nécessite pas d'être adaptée aux nouvelles règles de forme » prévues par cette même loi modifiant aussi et surtout le Code civil allemand. La rédaction de 2001 n'a pas dû être modifiée par l'ARUG de 2009, pour la simple raison qu'elle laissait, d'une part, la question de la forme de la convocation ouverte, et qu'elle offrait aux statuts, d'autre part, la possibilité de choisir toute modalité d'envoi.

III - La retransmission électronique aux actionnaires au porteur

254. Depuis l'ARUG, le § 128 I AktG précise que les sociétés peuvent limiter statutairement la communication de la convocation entre le teneur de compte et l'actionnaire au porteur à la voie électronique. Dans ce cas, poursuit le texte, « l'établissement financier ne

les statuts peuvent prévoir un envoi électronique. Si l'on s'accorde sur la seconde solution, ces références aux statuts ne permettraient seulement que d'annuler les effets de la norme. Elles ne permettraient alors aux statuts que de refuser de recourir à la liberté offerte en principal, à savoir celle de recourir à la communication directe des actionnaires pour convoquer l'assemblée.

⁶²⁵ RegE, 14.12.2000, BT-Drs. 14/4987, p. 30 ; v. *infra*, « Transmission classique de la convocation », § 683.

⁶²⁶ RegE, 14.12.2000, BT-Drs. 14/4987, p. 30.

peut sous aucun prétexte être contraint à plus ». La loi invite logiquement à un parallélisme des modalités d'envoi de la convocation. Si la société limite la communication à la voie électronique pour ses actionnaires au nominatif en vertu de l'article 125 II AktG, les teneurs de compte devraient pouvoir se contenter de communiquer la convocation aux actionnaires au porteur par la même voie. Pour autant, la lettre de la loi exige une modification statutaire spécifique à la communication des établissements financiers aux actionnaires au porteur. La société Schloss Wachenheim AG a par exemple procédé dès 2009 à une modification statutaire afin de limiter complètement la communication des établissements financiers à leurs clients actionnaires à la voie électronique⁶²⁷. La modification statutaire libère l'établissement financier, et ce quand bien même la convention de compte-titres entre l'actionnaire et le teneur de compte prévoirait un envoi postal. Aussi l'autorisation légale de se contenter de la voie électronique prime-t-elle sur la convention entre l'actionnaire et son teneur de compte⁶²⁸. Pour autant, l'application stricte de ce droit ne serait guère respectueuse de la clientèle, surtout de celle ne souhaitant pas être contactée par voie électronique, et « ne mériterait, pour certains, que le mépris »⁶²⁹. D'aucuns invoquent les mêmes réserves sur la légalité de cette disposition que celles invoquées à l'encontre du nouveau § 125 II AktG. Dans les faits, la clause statutaire impose aux actionnaires la création d'une adresse électronique, ce que les commentateurs ne voient pas tous comme une avancée⁶³⁰.

Le législateur considère que l'autorisation statutaire, expression de la majorité des actionnaires, prime sur la convention particulière entre un actionnaire individuel et un établissement financier, dont le travail de messenger est dirigé par la société anonyme⁶³¹. Cette liberté statutaire a pour fonction de limiter le coût de l'envoi des communications aux actionnaires au porteur, coût que la société rembourse aux établissements financiers⁶³². Si la

⁶²⁷ Sektkellerei Schloss Wachenheim AG Trier, « *Einladung zur ordentlichen Hauptversammlung* », *Ebanz.*, 22.10.2009.

⁶²⁸ RegE ARUG, « Zu Nummer 17 b », BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 31.

⁶²⁹ « *Von solchen Unfreundlichkeiten ist nichts zu halten...* » in, U. HÜFFER, *loc. cit.* note 532.

⁶³⁰ K. SCHMIDT, M. LUTTER, *Aktiengesetz Kommentar*, Schmidt, 2^e éd., 2010, « § 128 », p. 1734.

⁶³¹ Certes le droit européen de la directive « transparence » et sa transposition au § 30 b WpHG autorisent l'actionnaire à refuser l'envoi électronique. Le législateur serait donc mal inspiré de s'opposer à ce principe. D'autres auteurs considèrent que la clause statutaire du § 128 I AktG s'applique parallèlement à celle prévue au § 125 II AktG, et que le § 30 b WpHG s'impose de la même manière aux établissements de crédit. Le fait pour l'actionnaire de ne pas communiquer son adresse électronique à son teneur de compte imposerait à ce dernier de communiquer la convocation par voie postale. Apparemment non convaincus de la rigueur juridique de leur propre interprétation, ces auteurs conseillent alors que la clause statutaire explicite la possibilité pour l'actionnaire de refuser un envoi électronique de la convocation (cf. G. REGER, *op. cit.* note 607, p. 1040).

⁶³² La société doit verser au teneur de compte, pour l'envoi de chaque communication écrite : 3 € pour l'envoi de 30 lettres, 2 € entre 30 et 100 lettres, 0,95 € entre 100 et 5 000 lettres, 0,55 € entre 5 000 et 50 000 et 0,45 € pour plus de 50 000 lettres. Pour chaque tranche, le règlement précise que la somme à verser doit au moins correspondre au montant le plus important de la tranche inférieure. Par ex., pour 6000 lettres envoyées par le

société limite cette communication à la voie électronique, les établissements financiers qui continueraient à communiquer par voie postale ne pourraient pas toutefois exiger le remboursement du surcoût à la société.

§ 3 - Vers une remise en cause de l'accès et de l'envoi de l'information

255. Depuis 1966, la loi française confère compétence au décret en Conseil d'État pour fixer « les formes et délais » de la convocation (art. L. 225-104 al. 1 C. com.). Au-delà de cinq articles d'application impérative, le règlement d'application en vigueur laisse quant à lui la liberté aux statuts de la société de fixer les règles de convocation des assemblées (art. R. 225-62 C. com.). Au moins cinq articles s'imposent donc à la société anonyme. De son côté, l'AktG mêle règles générales et règles de procédure, tout en relayant aux statuts, de manière très ponctuelle, la possibilité de prévoir d'autres procédures, tantôt librement, tantôt dans un cadre prédéfini.

Premièrement, pourquoi informer l'actionnaire au porteur seulement s'il le souhaite, alors qu'il est parallèlement bombardé d'informations commerciales par messageries électroniques, notamment par son teneur de compte. *A contrario*, l'actionnaire devrait être informé automatiquement, tout en gardant la faculté de refuser d'être contacté à ces fins. Requérir son autorisation pour l'informer de la tenue d'une assemblée générale d'une société dans laquelle il investit est paradoxal. Finalement, cette recommandation n'est tout au plus qu'un appel à reconsidérer une question ancienne au regard des possibilités offertes par les nouvelles technologies de communication et il est dommage de ne pas avoir « poussé » la réflexion plus loin (II). Elle aurait pu peser sur la discussion européenne accompagnant la rédaction de la directive « actionnaires » (I).

teneur de compte, la société devra verser $0,95 \times 5000 = 4750$ €, et non $0,55 \times 6000 = 3300$ €. On retrouve cette règle dans le second point du même alinéa qui, quant à lui, pose le prix de la transmission de la communication par voie électronique : 3 € pour l'envoi de 30 communications, 1 € entre 30 et 100, 0,40 entre 100 et 5 000, 0,25 entre 5 000 et 50 000, et 0,20 pour l'envoi de plus de 50 000 communications. Certes l'envoi électronique a un coût, qui réside dans la tenue des listes, de l'entretien du matériel, de la connexion internet, du temps de travail... Pour autant, les prix semblent étonnamment hauts. Les listes d'actionnaires sont tenues informatiquement et l'envoi à des groupes de destinataires prédéfinis ne constitue pas un travail administratif important. Aussi peut-on s'étonner du niveau relativement haut du prix de la transmission par voie électronique. Il ne s'agit en effet que de compenser le coût du travail ; les frais postaux, dans le cadre de l'envoi papier, s'ajoutent à ces coûts (§ 1 n° 3 KredInstAufwV).

I - Une discussion à l'échelle de l'Union européenne

256. Face à deux systèmes très inégalement représentés dans les droits nationaux des États membres, un équilibre fut cherché entre les systèmes désormais appelés « *Push or Pull* »⁶³³. Seul le droit allemand imposait en 2004 la retransmission de la convocation aux actionnaires au porteur⁶³⁴. Dans son document de consultation destiné aux acteurs du secteur, la Commission européenne a bien relevé la distinction entre la simple publication et l'envoi direct aux actionnaires. C'est avec grand intérêt, mais aussi avec une certaine retenue qu'elle considère les avantages de la publication sur un site internet dédié de la société. De manière très surprenante *a posteriori*, elle estime cependant l'envoi direct des informations à l'ensemble des actionnaires comme une solution transitoire, une mesure opportune avant que la publication sur le site internet de la société se généralise⁶³⁵.

257. Les voix n'étaient déjà pas unanimes pour imposer la tenue d'un simple site internet d'information, en cette même année 2004 qui vit naître la directive « transparence »⁶³⁶. La réponse des intéressés à un envoi direct des convocations à l'ensemble des actionnaires fut apparemment plus que partagée⁶³⁷. L'idée n'est apparue sous aucune forme dans la seconde

⁶³³ Cette expression, que l'on retrouve dans de nombreuses sciences sociales comme dans celles dites pures, est empruntée en l'occurrence aux technologies de l'information. Ainsi, de manière imagée, soit l'information est « poussée vers le destinataire », soit il revient à se dernier de la « tirer », d'aller la chercher lui-même.

⁶³⁴ On relève un système intéressant en droit financier portugais : « *electronic disclosure system made available by the operator of the market where the securities are listed* » in, Commission staff working document, « Comparative table on shareholders' rights in EU - n° 3.2 GM notice », SEC(2006) 181, 16.02.2006, p. 65.

⁶³⁵ « Même si l'utilisation de moyens électroniques pour communiquer l'information requise aux investisseurs est désormais possible, la généralisation de leur utilisation réclamera peut-être un certain temps. Or, en attendant, cette généralisation du recours aux communications électroniques, les investisseurs finaux doivent conserver la certitude qu'ils recevront l'information pertinente en temps utile : il pourrait donc être souhaitable de prévoir des mesures pour assurer que cette information leur est effectivement adressée. Pour ce faire, on pourrait imposer aux intermédiaires la responsabilité de diffuser l'information, qu'ils transmettraient tout au long de la chaîne, de la société émettrice à l'investisseur final. On peut aussi envisager que la société émettrice préfère se charger elle-même de diffuser directement l'information auprès des investisseurs finaux, et de veiller à ce qu'ils puissent exercer leurs droits de vote. Pour que cette communication directe des informations des émetteurs aux investisseurs finaux soit possible, il faudrait que les intermédiaires informent la société émettrice, à sa demande, de l'identité et des coordonnées de ses investisseurs finaux. Une telle communication directe avec les investisseurs finaux devrait toutefois être accompagnée de garanties appropriées de protection de la vie privée des investisseurs finaux, par exemple en donnant à ces derniers la possibilité de notifier aux intermédiaires qu'ils refusent la communication de ces données d'identification. » in, Comm. euro., « Élaboration d'un régime approprié encadrant les droits des actionnaires - Document de consultation », 16.09.2004, p. 18.

⁶³⁶ « *However, several respondents pointed to the additional costs of maintaining websites and suggested, therefore, that any such obligation should be imposed only on those issuers who already use the relevant electronic technology.* » in, Comm. euro., DG Internal Market, « Fostering an appropriate regime for shareholders' rights - Synthesis of the comments », 04.2005, p. 9.

⁶³⁷ « *A majority of respondents considered that any new measures should deal with the way information is 'pushed' by the issuer to the ultimate investors. However, some other respondents suggested that no obligation should be imposed on issuers to 'push' information to ultimate investors, because this would expose them to*

consultation. Or seules les réponses à la seconde consultation sont publiées en ligne par la Commission européenne. Aucune réponse allemande n'y fait alors allusion, contrairement aux réponses françaises. Évasive, l'AFTI se prononce pour « l'usage de l'ensemble des médias, à l'initiative des émetteurs, pour accroître le nombre d'actionnaires approchés »⁶³⁸. C'est en effet l'AFTI la mieux placée pour évoquer ce sujet, relancé quelques années plus tard lors de son appel d'offre destiné à la création d'un réseau d'information des actionnaires au porteur. L'ANSA s'y dit explicitement défavorable, mais n'évoqua dans sa justification que l'option susceptible de causer aux sociétés le plus de travail, à savoir celle qui leur imposerait de rechercher elles-mêmes le nom des investisseurs finaux et donc de s'occuper seules de l'envoi à l'ensemble des actionnaires identifiés⁶³⁹. Effectivement, cette alternative n'était pas la bonne, et l'on comprend bien que l'association ne cherche pas à rejeter le « fardeau » sur les intermédiaires financiers⁶⁴⁰.

258. Le résultat proposé par la directive de 2007 fut donc un compromis *a minima*. Première étape nécessaire et à saluer, mais qu'il serait bon de bientôt renégocier⁶⁴¹.

excessive costs. Rather, ultimate investors should be 'pulling' the relevant information from issuers' websites. » in, idem.

⁶³⁸ AFTI-FBF, « Deuxième consultation de la Commission européenne », 13.07.2005, p. 4.

⁶³⁹ « L'ANSA n'est pas davantage favorable à l'idée, évoquée par la Commission européenne dans sa 1^e consultation, que la société émettrice doive avoir l'obligation de faire 'remonter' l'information jusqu'aux actionnaires lorsque les titres sont détenus par des intermédiaires. Il n'est pas possible d'imposer cette obligation à la société alors qu'elle ne sera souvent pas en mesure, en pratique, de connaître tous ses actionnaires. Dans la 2^e consultation de la Commission, il n'est heureusement plus question de l'obligation, pour la société, de faire 'remonter' l'information jusqu'aux actionnaires lorsque les titres sont détenus par une chaîne d'intermédiaires. » in, ANSA, « Deuxième consultation de la Commission européenne - Observations », 08.05.2005, p. 4.

⁶⁴⁰ La première recommandation du rapport Mansion de 2005 préconisait que « les sociétés cotées doivent mettre en ligne sur leur site internet la documentation légale relative à l'assemblée générale telle qu'elle est simultanément publiée au BALO » (AMF, *Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France*, Rapport Y. MANSION (dir.), 06.09.2005, p. 19). Il s'agissait, selon les termes du rapport, de « systématiser la mise sous format électronique », pratique déjà suivie par les trois quarts des sociétés constituant l'indice CAC 40 à cette date. L'AMF souhaitait ainsi institutionnaliser la diffusion électronique de l'information, permettant à chaque actionnaire un accès rapide et aisé par l'intermédiaire du site internet officiel de la société. En guise de transition vers sa deuxième recommandation, le rapport note que l'information pourra être téléchargée « par toute banque teneur de compte conservateur qui diffusera ainsi plus facilement la documentation vers les actionnaires qui le souhaitent ». De cette présentation courageuse appuyant la retransmission des informations aux actionnaires aux porteurs, il ne resta qu'une recommandation bien faible : « L'accès des actionnaires aux documents relatifs aux assemblées générales doit être favorisé en développant l'utilisation de l'internet ». L'observation était pourtant pertinente : « Il apparaît que, même disponible électroniquement, l'information ne parvient à l'actionnaire que s'il la recherche ». L'intention était claire : « Le groupe de travail propose que l'avis de réunion et l'avis de convocation (ce qui semble constituer l'information minimale à laquelle l'actionnaire doit avoir accès) soit un peu plus 'poussés' vers l'actionnaire. Les actionnaires, s'ils le souhaitent, seraient informés par leurs teneurs de compte conservateurs de la réunion d'une assemblée générale par un message sur leur adresse e-mail ou via une information sur leurs comptes - titres consultables à distance qui leur permettrait, par un lien direct avec le site du BALO ou celui de la société, d'avoir accès à l'avis de réunion et à l'avis de convocation ainsi qu'aux projets de résolution ». Le résultat est décevant.

⁶⁴¹ A. DETHOMAS, N. RONTCHEVSKY, « Un premier pas vers l'exercice effectif des droit des actionnaires de sociétés cotées dans l'ensemble de l'UE », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2017, n° 19, p. 10.

L'obligation de numérisation et de publication en ligne des informations est depuis acquise au niveau européen. La commission a en effet fait le choix d'imposer la création ou la modification du site internet de la société afin d'y publier les informations⁶⁴² : « progrès indéniable qui apparaît toutefois insuffisant à faire démentir le constat que 'même disponible électroniquement, l'information ne parvient à l'actionnaire que s'il la recherche' (Rapp. Mansion, p. [19]) »⁶⁴³. La question de l'envoi direct aux actionnaires n'était pas même évoquée dans le projet de directive de la commission européenne⁶⁴⁴. À ce titre, les propositions d'amendements sont révélatrices de certaines idées fixes, bien sûr directement inspirées des droits nationaux et défendues par des justifications assurément simplistes, éventuellement mal inspirées. Bien qu'avec deux députés rapporteurs de nationalité allemande, seul un amendement de compromis autorisera aux États de ne pas imposer de publication de la convocation aux sociétés convoquant directement l'ensemble de leurs actionnaires, explicitement présumés actionnaires au nominatif⁶⁴⁵. Cette mesure ne concerne donc pas les actionnaires au porteur et l'on ne trouve pas trace d'amendements proposant d'imposer aux intermédiaires financiers la retransmission des convocations⁶⁴⁶. Il est regrettable que les juristes allemands ne soient pas parvenus à imposer leurs vues à la Commission, au Parlement, aux sociétés par actions et aux intermédiaires financiers européens.

⁶⁴² Des trois options « *maintaining the present situation* », « *introducing enabling minimum standards* », « *introducing mandating minimum standards* », la Commission préféra donc la dernière : « *This option would require issuers to post GM-related documents on the company website. For issuers, this would entail the cost of building a new website or (in case they already have one), to adapt it, to maintain it and to update the information provided. According to several internet service providers, the cost of building a new basic website can be between 2,000 and 6,000 EUR, depending on the country, with an annual maintenance cost between 200 and 1,000 EUR. However, it should be taken into account that the large majority of EU listed companies already have a website, so that requirements under this option would not imply appreciable additional costs. The benefits would be that all shareholders would have the possibility of consulting this information on the Internet, reducing their information cost to vote. While the greatest benefits would be for cross-border shareholders, who are normally those who have the greatest problems to have access to information through traditional means, the present provision would also be of use to national shareholders, who also have to face information costs to obtain GM-related information. That is why the Commission considers option C to be the best suited to enhance company disclosure standards.* » in, Comm. euro., « 6.2.3.3. Electronic availability of notice material », SEC(2006) 181, 16.02.2006, p. 31.

⁶⁴³ S. TORCK, « Exercice des droits de vote des actionnaires de sociétés cotées », *RD bancaire et fin.*, 07-08.2007, p. 40.

⁶⁴⁴ COM(2005)0685, 05.01.2006.

⁶⁴⁵ K.-H. LEHNE (PPE-DE), Amendement de compromis 13, PE 382.348v01-00, 06.12.2006, p. 8/25.

⁶⁴⁶ La question semble d'ailleurs ne pas en être une. Un député européen d'origine française, manifestement soucieux de l'adéquation de la future directive à son droit national alors en vigueur, finit sa démonstration en se prononçant pour la simple publication des informations, et contre un envoi direct aux actionnaires qui supposerait, d'après lui, que toutes les actions soient enregistrées sous la forme nominative, cf. J. P. AUDY, Amendement 71, PE 378.495v04-00, 19.09.2006 p.19/79.

II - Les avantages du système allemand de distribution de l'information

259. La doctrine allemande est en effet convaincue des bienfaits de la retransmission des convocations aux actionnaires au porteur par les intermédiaires financiers. Convaincue au point de proposer des chiffres : l'absence de contact avec les actionnaires au porteur entraînerait une baisse d'inscriptions à l'assemblée représentant jusqu'à 15% du capital⁶⁴⁷. Économiquement parlant, l'effort que constitue la retransmission des informations est moins important que la somme des efforts individuels entrepris par les actionnaires pour rechercher l'information⁶⁴⁸. Le droit allemand fait face au véritable problème. La doctrine française fait mine de l'ignorer. La question n'est plus, depuis des années, de savoir si l'actionnaire peut accéder aux informations. En peu de temps, tout actionnaire pourrait remplir sa bibliothèque de rapports, comptes et autres informations. C'est l'information de la tenue d'une assemblée qui est primordiale. Une campagne de communication, par la voie publicitaire dans la presse généralisée, papier ou en ligne, est plus coûteuse qu'un envoi individuel informatisé. Sa réception par le public est plus qu'aléatoire. L'image d'une société communicante, transparente et rassembleuse n'en ressort pas renforcée aux yeux du public. L'envoi personnel, quant à lui, est ciblé. L'information parvient. Ce que l'on peut donc retenir de la doctrine et du droit allemands, c'est que la problématique de la convocation des actionnaires réside moins dans l'accès aux informations, que dans le moment où la chercher.

260. Pour rappel, le droit allemand limite l'obligation de retransmission des informations aux seuls établissements financiers en étant eux-mêmes destinataires au titre du § 125 I AktG : ceux, d'une part, ayant exercé des droits de vote pour des actionnaires lors de l'AG précédente, ainsi que ceux, d'autre part, ayant demandé à recevoir une convocation⁶⁴⁹. Il est possible d'aller plus loin, sans coûts démesurés pour la société et les intermédiaires financiers, et sans dénaturer la nature de l'action au porteur.

⁶⁴⁷ D. ZETZSCHE, « Die nächste 'kleine' Aktienrechtsreform: Der Referentenentwurf eines Gesetzes eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) », *Der Konzern*, 2008, p. 321.

⁶⁴⁸ Rapport *Corporate Governance* de la Commission gouvernementale, BT-Drs. 14/7515, 14.08.2001, § 94, p. 60 ; en accord M. HECKELMANN, *Hauptversammlung und Internet*, Nomos, 2006, p. 134 ; repris par F. OCHMANN, *Die Aktionärsrechte-Richtlinie*, De Gruyter, 2010, p. 60.

⁶⁴⁹ V. *supra*, « La transmission de la convocation », § 241. ; v. Glossaire, « Retransmission des informations aux actionnaires au porteur », §684.

Il pourrait, par exemple⁶⁵⁰, incomber aux autorités compétentes de surveillance des marchés ou au seul dépositaire central, de transmettre à chaque société cotée, au 1^{er} janvier de chaque année, une liste actualisée des établissements agissant sur ses titres, à titre personnel ou pour le compte de ses clients – ces activités étant distinctes. La société communiquerait à ces établissements les convocations. Ces prestataires de services financiers pourraient – sans réel effort – redistribuer automatiquement l'information reçue par la société à leurs clients, actionnaires de cette société. Une telle opération serait réservée aux actionnaires ayant communiqué leur adresse électronique à cette fin à leur teneur de compte. Cela est aujourd'hui presque la norme, une large partie de la gestion de compte-titres n'ayant plus lieu qu'en ligne. Le développement de plates-formes de vote en ligne permet aussi, par exemple, cette communication « semi-directe » avec les actionnaires au porteur et est donc à saluer.

Plus simplement, pourquoi ne pas imposer aux établissements financiers teneurs de compte, sur le modèle du droit allemand et par l'intermédiaire d'une directive ou d'un règlement européen, la retransmission par voie électronique des informations relatives aux assemblées générales publiées dans les bulletins nationaux d'annonces légaux à leurs clients actionnaires ?

261. L'action au porteur a été créée pour faciliter les transactions, accroître la volatilité des marchés et participer à une allocation plus efficiente des capitaux. Elle n'a pas été pensée comme une action de seconde classe destinée à des investisseurs qui ne s'intéresseraient pas à la marche de l'entreprise. Il est certes effectivement regrettable que l'intérêt des actionnaires ne soit pas à la hauteur des enjeux. La voie électronique permet de remédier à deux siècles d'information aléatoire des actionnaires au porteur. Cette offre d'information, qui fera office de sollicitation, augmentera sensiblement la demande d'informations et, partant, l'intérêt et la confiance des investisseurs individuels.

⁶⁵⁰ Une autre solution impliquerait une charge de travail plus importante pour la société. La société pourrait constituer une liste des agents opérant sur les places financières européennes sur lesquelles ses actions sont admises à la négociation. La liste des intermédiaires prestataires de services financiers est certes longue, mais elle est exhaustive. Chaque pays européen en tient une qui comprend les agents financiers autorisés à exercer des activités financières sur leur territoire (« Regafi » tenu par la Banque de France ; en Allemagne, une liste similaire est tenue par la BaFin). Cela est d'autant plus aisé qu'en pratique, les intermédiaires financiers qui gèrent des actions détenues par des actionnaires non résidents ont l'obligation de déclarer leur qualité d'intermédiaire détenant des titres pour le compte d'autrui (au sein d'un compte dit collectif, cf. art. L. 228-1 al. 7 et 8 C. com.). En d'autres termes, les sociétés françaises connaissent les établissements financiers qui gèrent des actions au porteur, pour la simple raison que ces derniers exercent les droits politiques attachés aux actions au nom de leurs clients (cf. art. L. 228-3-2 C. com.).

§ 4 - Portabilité accrue des documents sociaux

262. La voie électronique permet de réduire sensiblement les coûts d'envoi de documents sociaux volumineux. Si les demandes de documents sont de plus en plus rares, il y a fort à penser qu'une meilleure information des actionnaires sur leur droit d'obtenir gratuitement ces documents par voie électronique puisse relancer leur intérêt pour la recherche ponctuelle de données. Aussi faut-il clarifier ces droits, en France (I) comme en Allemagne (II).

I - Droit français

263. La nécessité de garantir l'accès aux actionnaires aux informations susceptibles d'influencer la prise de décision en assemblée est apparue assez tôt. Au 19^e s., la convocation des actionnaires ne faisait pas l'objet de dispositions légales spécifiques. L'entrée aux assemblées générales était conditionnée à la détention d'un certain nombre d'actions, et de ceux qui y avaient accès, rares étaient ceux qui surent de quoi il y fut question⁶⁵¹. Si la loi de 1863 prévoyait d'adresser « une copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires à chacun des actionnaires connus », la loi de 1867 supprima cette obligation⁶⁵².

264. La contrepartie à la libéralisation de la constitution de sociétés anonymes, opérée par la loi de 1867 sur les sociétés commerciales, fut la création de droits de contrôle. L'information des actionnaires devait assurer leur protection⁶⁵³. Le législateur, qui ne cachait pas son appétence libérale en matière de protection des investisseurs⁶⁵⁴ et prônait la responsabilité personnelle et la prudence comme rempart à la fraude⁶⁵⁵, prévoyait pourtant,

⁶⁵¹ « Ce qui avait préoccupé tous les esprits, c'était l'ignorance dans laquelle se trouvaient les actionnaires réunis en assemblée générale ; le plus souvent on les voyait, sinon tous, au moins un très-grand nombre, voter sans savoir pour ainsi dire sur quoi ils votaient. » *in*, Comm. ss art. 35, H.-F. RIVIERE, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, Paris : A. Marescq Aîné, 1868, p. 279.

⁶⁵² Art. 18 loi de 1863 ; art. 35 loi de 1867 sur les sociétés.

⁶⁵³ Cf. N. HISSUNG-CONVERT, *La spéculation boursière face au droit 1799-1914*, LGDJ, 2009, p. 437.

⁶⁵⁴ « Alors il était juste de demander au législateur qu'il tendit la main à une foule incapable de se diriger elle-même, comme il le fait pour les mineurs et pour ceux qui, par une cause quelconque, sont hors d'état d'administrer leurs biens. Mais aujourd'hui, toutes les classes ont, en matière de commerce, d'industrie et de finances, assez de lumières et d'expérience pour être considérées comme majeures et traitées comme telles. [...] Elles ne voudraient pas être gênées dans l'exercice de leurs droits, elles ne doivent pas être protégées par des mesures exceptionnelles. » *in*, DUVERGIER, de BOUREUILLE, LANGLAIS, conseillers d'État, commissaires du gouvernement, *Exposé des motifs d'un projet de loi sur les sociétés*, présenté au Corps législatif le 28 mars 1865, publié *in* H.-F. RIVIERE, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, Paris : A. Marescq Aîné, 1868, p. 453.

⁶⁵⁵ « La prudence la plus vulgaire ne commande-t-elle pas de s'enquérir de la condition, de la moralité et de la solvabilité des gens avec qui l'on traite ; et chaque partie intéressée n'est-elle pas sous ce rapport au moins aussi

dans une première version de son projet de loi, de reprendre l'envoi des documents précités à chacun des actionnaires connus⁶⁵⁶. « La loi nouvelle a voulu qu'ils fussent bien édifiés avant de se présenter à l'assemblée générale », écrira-t-on⁶⁵⁷. Pourtant, l'article 35 de la loi de 1867 ne parlera pas d'envoi personnel. La communication d'informations aux actionnaires connus, aux frais de la société, prélude à la convocation directe des actionnaires au nominatif, n'aura donc vécu que quatre ans. Le premier rapport de la commission chargée d'examiner le projet de loi sur les sociétés se pose des questions qui apparaissent, un siècle et demi plus tard, d'une étrange modernité⁶⁵⁸ :

« La commission s'est demandée si *l'envoi à chacun des actionnaires connus*^[659] atteignait bien le but que la loi se propose. Quels seront les actionnaires connus ; à quels signes certains les distinguera-t-on ; sera-ce ceux qui, les années précédentes, ont figuré dans les assemblées générales ? Mais qui sait s'ils ont ou non aliéné leurs titres, s'ils ont changé de demeure ? Il y a là une source de difficultés qu'il était désirable de tarir. Il nous a semblé que l'on conciliait le vœu de la loi avec le désir d'épargner les administrateurs des procès que leur bonne volonté ne réussirait pas toujours à prévenir, en substituant à l'obligation d'envoyer des copies, le droit pour les actionnaires de les prendre au siège social. Le plus grand nombre peut-être n'en usera pas ; mais ils ne pourront s'en prendre qu'à leur propre négligence. »

265. La législation en vigueur depuis 1966 autorise l'envoi de certains documents sociaux sur demande de l'actionnaire. Pour rappel, l'article L. 225-108 C. com. dispose que « le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, doit adresser ou mettre à la disposition des actionnaires les documents nécessaires pour permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause et de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société », « la nature de ces documents et les conditions de leur envoi ou de leur mise à la disposition des actionnaires [étant] déterminées par décret en Conseil d'État ». À la consultation au siège social de l'article R. 225-89 C. com., s'ajoute la possibilité pour tout actionnaire de demander à la société de lui envoyer certains documents ou renseignements (art. R. 225-88 C. com.). Il s'agit des documents énumérés aux articles R. 225-81 (documents à joindre à toute formule de procuration, soit le strict nécessaire pour formuler ses intentions de vote et prendre connaissance de ses droits) et R. 225-83 C. com. (documents sociaux à

bien placée que l'administration pour obtenir des renseignements exacts et complets ? Elle peut se permettre sans scrupule des investigations que les fonctionnaires publics doivent s'interdire. » *in, idem*, p. 452.

⁶⁵⁶ Art. 31 du projet de loi sur les sociétés présenté au Corps législatif le 28 mars 1865, publié *in* H.-F. RIVIERE, *idem*, p. 491.

⁶⁵⁷ *Id.*, 281.

⁶⁵⁸ M. MATHIEU, député et rapporteur de la Commission, *Premier rapport fait au Corps législatif*, séance du 03.05.1867, publié *in* H.-F. RIVIERE, *id.*, p. 587.

⁶⁵⁹ En italique dans le texte.

proprement parler, tels que comptes et rapports des dirigeants et des commissaires aux comptes).

266. Depuis le décret de 2002 d'application de la loi NRE⁶⁶⁰, l'envoi des documents peut se faire par voie électronique. L'envoi électronique est alors « mis en œuvre dans les conditions de l'article R. 225-63 » étudiées plus haut⁶⁶¹. Or ce renvoi n'est pas sans conséquences. Si l'article R. 225-88 C. com. est fondé sur la demande de l'actionnaire, l'article R. 225-63 l'est quant à lui sur la décision de la société de recourir à la communication électronique. En d'autres termes, le renvoi à l'article R. 225-63 C. com. interdit à l'actionnaire d'exiger un envoi électronique. La décision de communiquer par voie électronique appartient à la société.

Le recours à la voie électronique semble ainsi originellement avoir été pensé comme un service, une facilité pour la société. Le décret aurait très bien pu autoriser le recours à l'envoi électronique sur demande de l'actionnaire, tout en laissant à la société, éventuellement sous certaines conditions, le droit de refuser. Cela aurait été même plus logique, la procédure de l'article R. 225-63 C. com. étant en l'occurrence relativement longue.

Il suffit, pour s'en convaincre, d'imaginer qu'un actionnaire au nominatif non résident demande à la société, en application de l'article R. 225-88 C. com., de lui envoyer les comptes consolidés, le rapport sur la gestion du groupe et celui des commissaires aux comptes. Au regard du volume de ces documents et de leurs frais de transport, la société est encline à les transmettre par voie électronique. En vertu de l'article R. 225-63 C. com., elle doit d'abord proposer ce mode d'envoi à l'actionnaire qui, de son côté, doit l'accepter dans les trente-cinq jours. Ce n'est en principe qu'une fois cet accord donné que la société peut transmettre les documents par voie électronique. Appliqué strictement, le renvoi vers l'article R. 225-63 C. com. implique ainsi quatre communications : la demande d'envoi de documents par l'actionnaire, la demande de la société quant au mode d'envoi, l'accord de l'actionnaire, l'envoi des documents par la société. Sachant qu'en théorie, les trois premières communications peuvent être effectuées par voie postale, on s'éloigne de l'objectif de simplification et de rapidité recherché par les deux parties.

267. Dans le cas de l'actionnariat au nominatif, le seul au demeurant cité par l'article R. 225-63 C. com., cet imbroglio peut en effet être clarifié *a priori*. Là est bien le problème de

⁶⁶⁰ D. n° 2002-803 du 03.05.2002, JORF 05.05.2002, p. 8718

⁶⁶¹ V. supra, « La transmission par voie électronique », § 229.

ce renvoi. L'article R. 225-63 C. com. a été pensé comme une procédure préliminaire à l'exercice des droits par les actionnaires. Il n'est pas question de l'appliquer par analogie en retenant comme seule condition l'accord préalable de l'actionnaire. Dans cette hypothèse, le simple fait pour l'actionnaire de demander que les documents lui soient envoyés par voie électronique sous-entendrait son accord. Mais rappelons que l'article R. 225-63 C. com. cite lui-même explicitement la procédure de l'article R. 225-88 C. com., dans une sorte de boucle perpétuelle. L'article R. 225-63 C. com. a été rédigé dans une période de transition vers le numérique. Il a été pensé pour la société anonyme qui, du jour au lendemain, décide de communiquer par la voie électronique avec ses actionnaires au nominatif et qui, pour se faire, procède à un envoi collectif de demandes d'accord. Ainsi, la société possède (ou non) à l'avance les accords nécessaires. Mais face aux flux et afflux de nouveaux actionnaires, les sociétés souhaitant communiquer par voie électronique doivent demander à chacun d'entre eux s'ils acceptent un envoi électronique. Il est parfaitement possible de procéder à cette demande en ligne, lors de leur première connexion sur leur « compte actionnaire »⁶⁶². Les grandes sociétés anonymes offrent en effet toutes à leurs actionnaires au nominatif un espace personnel accessible depuis le site internet de la société. La société pourrait ainsi permettre à l'actionnaire de sélectionner les services que la société serait autorisée à l'avenir à exécuter par voie électronique. Une fois cet accord donné, il suffit à l'actionnaire de demander communication des documents pour qu'ils lui soient alors directement transmis par voie électronique.

Le second problème du renvoi à l'article R. 225-63 C. com. tient à la question des actionnaires au porteur. L'ensemble n'est en effet pas parfaitement cohérent. L'alinéa 2 de l'article R. 225-88 C. com. confère aux actionnaires au porteur les mêmes droits qu'aux actionnaires au nominatif (al. 1^{er}). Or la procédure de l'article R. 225-63 C. com. ne s'adresse qu'aux actionnaires au nominatif. Faut-il dès lors procéder à l'extension de cette procédure d'accord aux actionnaires au porteur ? D'un côté, il ne faut pas perdre de vue que si l'article R. 225-63 C. com. est protecteur de la société, en raison du pouvoir qui lui est laissé de décider du mode de communication, l'article R. 225-88 C. com. conforte l'intérêt supérieur de l'actionnaire dans son droit à l'information. D'un autre côté, il n'est pas évident que le principe d'égalité de traitement impose à la société d'avoir recours aux mêmes moyens de communication pour toutes les catégories d'actionnaires, quand ces catégories se distinguent

⁶⁶² Plate-forme souvent gérée en pratique par un sous-traitant, filiale d'un intermédiaire financier.

justement par la qualité et la nature de la communication entre les actionnaires et la société. Cette incohérence doit toutefois être clarifiée.

II - Droit allemand

268. Tout comme pour l'obligation de dépôt des documents aux locaux de la direction aux fins de consultation⁶⁶³, le droit allemand prévoit une dérogation à l'obligation d'envoi de documents sociaux lorsque les documents présentés à l'assemblée sont accessibles sur le site internet de la société entre le moment de la convocation et la réunion de l'assemblée (§ 175 II 4 AktG). L'accès aux documents sociaux sur internet libère la société de ces envois supposant une certaine logistique⁶⁶⁴. Or, comme évoqué plus haut, les sociétés cotées publient nécessairement ces documents en ligne (§ 124a AktG). *De facto*, la question de l'envoi des documents ne joue pas un rôle primordial dans ces sociétés qui ne sont plus obligées de procéder à l'envoi. La commission parlementaire à l'origine de la dérogation en question rapporte qu'en pratique, les sociétés ne reçoivent que très peu de demandes d'envoi de la part d'actionnaires⁶⁶⁵. Rien n'empêche pourtant les sociétés cotées de procéder à cet envoi, puisque les services des relations investisseurs sont de toute manière priés de répondre à la demande de l'actionnaire, du moins pour le rediriger vers la page du site internet où trouver les informations. Treize des trente sociétés composant l'indice DAX déclaraient dans leur convocation pour la saison 2012 toujours procéder à l'envoi des documents sur demande, en limitant cependant parfois le service à l'envoi du rapport de gestion. D'autres répondent positivement à leurs actionnaires sans en faire indication dans la convocation⁶⁶⁶. Les sociétés non cotées ont quant à elles le choix entre l'envoi, accompagné de l'obligation de dépôt des documents dans les locaux de la société, et la publication en ligne⁶⁶⁷.

Si tous les auteurs s'accordent sur le fait qu'il appartient à la société de supporter les frais de copie, la question des frais de transport reste ouverte⁶⁶⁸. La majorité des

⁶⁶³ V. *supra*, « La suppression du dépôt des documents sociaux », § 100.

⁶⁶⁴ Certains commentaires conseillent en effet aux sociétés de préparer un nombre de copies des documents suffisant ou de s'assurer que ces copies pourront être faites dans les plus brefs délais ; J. HENNRICH, M. PÖSCHKE, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 175 AktG », § 32, p. 1340.

⁶⁶⁵ BT, 6. RA, *Beschlussempfehlung und Bericht zum RegE EHUG*, BT-Drs. 16/2781, 27.09.2006, p. 88.

⁶⁶⁶ C. WETTICH, « Aktuelle Entwicklungen und Trends in der Hauptversammlungssaison 2012 und Ausblick auf 2013 », *AG*, 2012, p. 731.

⁶⁶⁷ F. DRINHAUSEN, A. KEINATH, « Auswirkungen des ARUG auf die künftige Hauptversammlungs-Praxis », *BB*, 2009, p. 2322.

⁶⁶⁸ J. HENNRICH, M. PÖSCHKE, *op. cit.* note 664, § 37, p. 1340.

commentateurs estime qu'il revient à la société de supporter le coût de l'envoi⁶⁶⁹. La doctrine est de plus unanime sur le fait que la société est contrainte d'envoyer les documents même si la demande de l'actionnaire a été formulée avant la convocation de l'assemblée⁶⁷⁰.

269. Le mode d'envoi des documents, non précisé par la loi, est libre. La doctrine a reconnu assez tôt la possibilité pour la société d'envoyer les documents en question par voie électronique⁶⁷¹. La condition unanimement reconnue est l'accord de l'actionnaire. Certains auteurs n'hésitent pas à faire référence aux conditions du § 30b III 1 WpHG, présentées plus haut⁶⁷². Cet article, critiqué pour sa relation juridique incertaine avec l'*Aktiengesetz*, ne s'applique toutefois qu'aux sociétés cotées. Pour les sociétés non cotées ne souhaitant pas publier les documents sociaux en ligne, la demande de l'actionnaire par voie électronique doit être interprétée comme l'expression de son accord à moins, bien sûr, qu'un envoi postal ne soit exigé explicitement.

Conclusion intermédiaire

270. L'actionnaire est libre de choisir de communiquer par voie électronique en lieu et place d'un envoi postal avec la société. Cela vaut tant pour toute question auxdits « services actionnaires » de la société, que pour les questions écrites posées au président du conseil d'administration ou du directoire avant la tenue d'une assemblée générale, comme pour les demandes d'adjonction à l'ordre du jour, pour la désignation et la révocation d'un mandataire, etc. Preuve de la confiance qui lui est conféré, un simple envoi électronique se substituera aussi à l'envoi par lettre recommandée avec demande d'avis de réception⁶⁷³. En tant qu'expéditeur, l'actionnaire bénéficie de la voie électronique pour tous les droits d'information et d'intervention connexes au droit de vote, ce dernier faisant l'objet d'une réglementation plus exigeante.

⁶⁶⁹ U. HÜFFER, *Aktiengesetz*, C.H. Beck, 11^e éd., 2014, « § 175 AktG », § 7.

⁶⁷⁰ J. HENNRICH, M. PÖSCHKE, *op. cit.* note 664, § 35, p. 1340.

⁶⁷¹ D. LEUERING, « Die Erteilung von Abschriften an Aktionäre », *ZIP*, 46/2000, p. 2056.

⁶⁷² G. REGER, in T. BÜRGERS, T. KÖRBER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2011, « § 175 AktG », § 8, p. 1333 ; V. *supra*, § 245.

⁶⁷³ La lettre RAR était le service considéré jusqu'alors le plus sûr en matière de communication écrite en terme d'authentification et d'acheminement du message ; « La demande [...] est adressée au siège social par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par télécommunication électronique » (art. R. 225-71 al. 1^{er} C. com.).

271. La société est dans une situation plus ambiguë. En tant que destinataire individuel de l'information⁶⁷⁴, l'actionnaire de droit français reste maître du jeu. La voie électronique ne peut lui être imposée. Même la société cotée, à laquelle il incombe de publier la convocation et l'ordre du jour sur son site internet et au Bulletin des annonces légales et obligatoires, ne peut pas unilatéralement décider que ses obligations de transmission directe d'informations seront exécutées par voie électronique. L'actionnaire doit donner son accord préalable et peut le retirer tout moment⁶⁷⁵. Quelques rares sociétés de droit allemand⁶⁷⁶ ont sauté le pas et pris le risque de brusquer quelques actionnaires⁶⁷⁷ en choisissant d'imposer l'envoi électronique des convocations aux assemblées générales, ainsi que l'ARUG les y autorisait en laissant aux statuts (*i. e.* à la majorité qualifiée des actionnaires) le pouvoir de déterminer les modes de communication des convocations.

⁶⁷⁴ Il est question ici de communication directe, non de communication au sens de diffusion de l'information.

⁶⁷⁵ Art. R. 225-63 C. com.

⁶⁷⁶ Telle que la Jenaer Intershop Communications AG, ayant rencontré toutefois une résistance irrémédiable des instituts financiers teneurs de compte « surpris » par cette décision ; cf. A. BIEDERMANN, « Wünsche wohl geruht zu haben - Der fast zweijährige Schlaf deutscher Banken », *HV-Magazin*, Praxis/2010, p. 42.

⁶⁷⁷ Une telle mesure est en effet encore considérée « wenig aktionärsfreundlich » in, T. ZWISSLER, « 2010: Das Jahr der ARUG-Hauptversammlungen », *HV-Magazin*, Praxis/2010, p. 33.

CHAPITRE 2 - L'ACCÉLÉRATION PERFECTIBLE DE LA COMMUNICATION

272. La terminologie employée par le pouvoir réglementaire français révèle sa bonne compréhension de la singularité de la communication électronique. La transmission par internet est bien supposée instantanée quand, en matière de délais, il est question de la date « soit de l'envoi des lettres, soit de la transmission de la convocation par télécommunication électronique » (art. R. 225-69 C. com.). L'envoi et la transmission ont la même finalité, celle de faire passer un objet ou une information d'une personne à une autre. Leur sens n'est pour autant pas identique. L'envoi précède nécessairement la réception. La transmission est, quant à elle, soit l'action de faire passer (transmettre), soit le résultat de cette action, à savoir la réception. Le règlement aurait très bien pu parler d'envoi, de transmission ou de communication par « voie postale ou électronique »⁶⁷⁸. La distinction opérée dans le texte est le signe que la simultanéité de l'envoi et de la réception du message électronique est présumée⁶⁷⁹.

Le législateur allemand a de même modifié le vocabulaire légal au cours du temps pour utiliser des notions telles que « *Mitteilung* » en 2001⁶⁸⁰ (notification, communication), puis « *Übermittlung* » en 2009⁶⁸¹ (transmission), qui acceptent plus clairement tant l'envoi postal que l'envoi électronique⁶⁸².

273. L'évolution de la terminologie liée à l'acceptation de la voie électronique joue un rôle sur le calendrier de la période préalable à l'assemblée générale des actionnaires. De manière générale, la voie électronique, présumée instantanée, offre-t-elle plus de temps aux actionnaires pour exercer leurs droits ? Simplifie et accélère-t-elle la tâche des sociétés dans le cadre de leurs obligations de publication et de transmission d'informations ? Il faut en effet

⁶⁷⁸ Selon l'expression de l'article R. 225-63 C. com. relative à la communication de l'accord de l'actionnaire à la société.

⁶⁷⁹ Ce choix emporte des effets juridiques, largement sous-estimés, qui mériteraient de plus amples développements. L'enjeu de cette question n'est autre que l'objet, l'étendue de la charge de la preuve de la convocation. La preuve de l'envoi d'un écrit électronique est-elle plus simple que la preuve de la réception ?

⁶⁸⁰ RegE NaStraG, « Zu § 125 AktG », BT-Drs. 14/4051, p. 12.

⁶⁸¹ RegE ARUG, « Zu Nummer 17 », BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 31.

⁶⁸² V. Glossaire », § 674.

distinguer, d'une part, les questions relatives aux délais de communication imposés aux actionnaires (Section 2), et d'autre part, l'étude des délais de publication et de transmission imposés à la société (Section 1).

SECTION 1 - LES TERMES ET DELAIS DE PUBLICATION ET DE TRANSMISSION IMPOSES A LA SOCIETE

274. Les différents termes et délais⁶⁸³ imposés aux sociétés quant à la publication et la transmission des informations relatives à l'assemblée doivent être présentés de manière systématique, en l'occurrence de manière chronologique. Le point de référence par défaut de ces termes et délais, à savoir le jour de la tenue de l'assemblée, ne fait lui même pas l'unanimité. D'aucuns jugent en effet plus opportun de retenir la date limite de transmission des votes à distance, afin notamment d'encadrer plus justement l'exercice des droits des actionnaires non-résidents⁶⁸⁴. Le point de référence pour le calcul de délais de certains droits peut accessoirement être un autre, tel que la date d'enregistrement par exemple⁶⁸⁵. Le jour de la réunion comme point de référence n'est certes pas fixe. Étant décidé relativement tôt – généralement d'une année sur l'autre – et n'imposant pas de recherches quant à la date limite d'exercice de droits particuliers, ce jour est le plus évident. Rappelons à ce stade que toute information et tout document publié ou envoyé doit être précisément daté par la société.

Le calendrier de l'assemblée générale imposé à la société n'a pas été simplifié par les obligations de publication et de transmission d'informations par voie électronique (§ 1). Pourquoi la faculté prévue par la directive « actionnaires » de fixer des délais de convocation

⁶⁸³ V. Glossaire, « Termes et délais », § 701.

⁶⁸⁴ V. Glossaire, « Date de l'assemblée générale... », § 687. Ce qui paraît évident aux juristes français et allemands fit toutefois l'objet de remarques constructives lors de la consultation préalable à la rédaction de la directive « actionnaires » : « *Other respondents consider that the deadline should not be set by reference to the date of the General Meeting but by reference to the issuer's deadline for receiving distance votes and proxies. This only, in their opinion, can assure non-resident shareholders that they will have sufficient time to cast an informed vote.* » in, Comm. euro., DG Internal Market, « *Fostering an appropriate regime for shareholders' rights - Synthesis of the comments on the second consultation document* », sept. 2005, p. 8.

⁶⁸⁵ Par exemple, l'art. 6 § 3 dir. « actionnaires » relatif au droit d'adjonction de projets de résolution à l'ordre du jour, dispose que chaque « État membre fixe un délai unique, déterminé par rapport à un nombre donné de jours précédant la date de l'assemblée générale ou de la convocation, dans lequel les actionnaires peuvent exercer » leur droit. Quant à l'information des actionnaires, poursuit l'article, elle doit avoir lieu « avant la date d'enregistrement [...] ou, si aucune date d'enregistrement n'est applicable, dans un délai précédant suffisamment la date de l'assemblée générale ».

plus courts en cas de participation électronique des actionnaires n'a-t-elle pas été retenue (§ 2) ?

§ 1 - Évolution du calendrier de l'assemblée générale

275. L'article 5 § 4 de la directive « actionnaires » impose aux sociétés de publier la convocation sur leur site internet au plus tard au 21^{ième} jour précédant la date de l'assemblée. Les sociétés cotées sont obligées de disposer d'un site internet⁶⁸⁶ ce qui, en pratique, n'avait pas attendu la directive. Cette publication doit être « ininterrompue ». Cette exigence est intéressante car ses retombées sont doubles. Cela signifie tout d'abord logiquement que la convocation doit être accessible à toute heure durant les 21 jours précédant l'assemblée. L'éventualité toutefois d'une interruption de quelques minutes, voire de quelques heures au maximum, doit être tolérée, la maintenance informatique pouvant nécessiter la coupure d'accès aux serveurs. Ensuite, cela implique que « la » convocation publiée 21 jours avant l'assemblée doit rester accessible, et non « une » convocation. Les convocations modifiées, à l'occasion de l'introduction de nouveaux projets de résolution par exemple, doivent ainsi être publiées dans des fichiers distincts. Les différents fichiers doivent être datés et identifiables, afin qu'il apparaisse clairement si la convocation a ou non fait l'objet de modifications durant cette période précédant l'assemblée. Cette mesure de bon sens est une marque de transparence et de respect à l'égard des actionnaires.

La transposition de la directive en droit national n'a pas eu pour effet d'harmoniser les termes et délais français et allemands. Alors que le calendrier français s'est quelque peu compliqué et fait aujourd'hui preuve de certaines incohérences (II), le droit allemand en a profité pour faire évoluer tant ses règles de calcul que les termes et délais à proprement parler (I).

I - L'allègement du calendrier allemand

276. Que cela soit pour la publication des convocations (A) ou leur communication aux actionnaires (B), le droit allemand mélange assez justement des termes et délais précis⁶⁸⁷ avec

⁶⁸⁶ Le fait est que « ce dernier point n'est pas directement imposé par la directive mais découle de l'obligation, prévue par le texte communautaire, de diffuser des informations sur un tel site »... V. MAGNIER, « Nouvelles mesures en faveur de la démocratie actionnariale dans les sociétés cotées », *Rev. sociétés*, 2011, p. 267, § 7.

⁶⁸⁷ Sur les règles de calcul, v. Glossaire, « Termes et délais », § 702.

des expressions et des adverbes de temps apparemment très souples, mais finalement très efficaces.

A) La publication des convocations et informations

277. L'assemblée générale doit être convoquée au moins 30 jours avant le jour de l'assemblée (§ 123 AktG, « un mois » de 1966 à 2005), le jour de la convocation de doit pas être comptabilisé⁶⁸⁸. Si une inscription à l'assemblée est exigée par les statuts, le délai de trente jours court à rebours du jour précédant la date limite de réception des inscriptions (§ 123 II 5 AktG)⁶⁸⁹. La convocation – en tant qu'événement – ouvre la voie à une série d'obligations. Plutôt que d'alourdir les textes de délais inutiles, le législateur allemand fait le choix de coupler la naissance des obligations de publication au moment choisi par la société pour convoquer l'assemblée (jusqu'à J-30). Ainsi, le § 121 IV AktG imposant la publication (*Bekanntmachung*) de la convocation aux *Gesellschaftsblättern* (journal de la société), qui implique dans les faits une publication au *Bundesanzeiger*⁶⁹⁰, ne pose pas de date particulière. Cette publication est simplement le corollaire de la convocation. Une indication temporelle a en revanche été accolée à l'obligation d'origine communautaire de transmettre la convocation à des médias dont on puisse raisonnablement attendre une diffusion dans l'ensemble de l'Union européenne (§ 121 IVa AktG), obligation ne concernant que les sociétés cotées dont les actions ne revêtent pas toutes la forme nominative et⁶⁹¹ qui ne transmettent pas les convocations directement à chacun des actionnaires. La transmission à ces médias doit ainsi avoir lieu « au plus tard au moment de la publication » précitée.

278. « *Peu après la convocation* » (*Als bald nach*). La publication sur le site internet de la société doit être effectuée « peu après la convocation » (§ 124a AktG). D'après le gouvernement, « 'peu après' signifie que les informations doivent être publiées sur le site internet de l'entreprise après la publication en ligne au Bundesanzeiger, ce qui, d'expérience,

⁶⁸⁸ V. Glossaire, « Termes et délais de droit allemand », § 702.

⁶⁸⁹ V. *supra*, « Délais d'inscription à l'assemblée », § 346.

⁶⁹⁰ Journal officiel de droit allemand, cf. § 25 AktG.

⁶⁹¹ Une loi corrective pour 2012 (non votée) prévoit de remplacer le « et » par un « ou » (RegE, *Aktienrechtsnovelle 2012*, 30.12.2011, BR-Drs. 852/11, p. 13). Cette publication élargie n'a en effet de sens que lorsque l'actionnariat n'est pas prévenu directement. Or les actionnaires le sont dans deux hypothèses : premièrement, dans la société anonyme uniquement émettrice d'actions au nominatif et, secondement, dans l'hypothèse du § 121 IV 2 AktG, dans laquelle la société convoque personnellement tous les actionnaires (au nominatif comme au porteur). Le remplacement de la conjonction « et », qui donnait l'impression qu'il faille cumuler deux conditions, confirme bien que les sociétés uniquement émettrices d'actions au nominatif ne sont pas concernées par cette obligation de publication « européenne » (U. NOACK, « Künftig kein 'europäisches Medienbündel' bei Namensaktien-Gesellschaften », Blog Handelsblatt - Rechtsboard, 14.11.2011.

nécessite un certain temps en raison notamment de l'organisation interne et de la technique nécessaire »⁶⁹². Relevons que la publication de la convocation en ligne aura en général lieu bien avant les 21 jours fixés par la directive « actionnaires ».

279. *J-7.* Le § 131 III 7 AktG ne libère le directoire de l'obligation de réponse en séance que si la réponse est publiée sur le site internet de la société durant au moins sept jours avant le commencement de l'assemblée. Si une réponse est par exemple donnée à J-5 en ligne, elle devra toute de même être lue durant l'assemblée par le directoire.

B) La communication des convocations

280. « *Au moins 21 jours avant l'assemblée* ». La communication de la convocation aux établissements financiers et aux associations d'actionnaires a lieu « au moins 21 jours avant l'assemblée » (§ 125 I AktG). Avant l'ARUG, l'information des instituts financiers et associations d'actionnaires avait lieu plus tôt (dans les 12 jours suivant la publication)⁶⁹³. En effet, bien que la date limite légale de publication de la convocation soit J-30, la publication de la convocation a souvent lieu deux à trois mois avant l'assemblée : la retransmission aux actionnaires au porteur, devant avoir lieu « sans délai » (§ 128 I AktG), avait dès lors lieu d'autant plus tôt. Parallèlement, les organismes en question disposaient de plus de temps pour s'organiser, préparer leurs conseils de vote, voire proposer des projets de résolution. À J-21, les groupements d'actionnaires, généralement constitués au sein d'associations d'actionnaires, ne peuvent plus proposer de points à l'ordre du jour ni de projet de résolution depuis 3 jours dans les sociétés non cotées (J-24), depuis 9 jours dans les sociétés cotées (J-30)⁶⁹⁴.

281. « *Sans délai* » (*Unverzüglich*). Après réception des convocations et autres informations évoquées au § 125 I AktG, les établissements de crédit doivent les retransmettre « sans délai » à leurs clients actionnaires au porteur ou pour lesquels ils sont inscrits au

⁶⁹² RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 30.

⁶⁹³ De 1966 à 2009, cette communication devait être faite dans les 12 jours suivant la publication au journal officiel. Au premier regard, l'impact de la modification ne semble pas important, il apparaîtrait même positif. La date limite de convocation (donc de publication) étant de J-30, la date limite de communication aux établissements financiers et aux associations était alors de J-18, trois jours de moins que selon la législation actuelle. Il s'agit surtout d'aligner la communication aux actionnaires au porteur avec la date limite de détention des actions pour s'enregistrer à l'assemblée d'une société cotée. Toutefois, aucune des grandes sociétés ne publie la convocation au dernier délai de J-30. En pratique, la communication aux établissements financiers et aux associations avait ainsi bien lieu au moins 21 jours avant l'assemblée. La différence réside dans le fait que les instituts financiers et associations d'actionnaires peuvent être informés plus tard qu'auparavant.

⁶⁹⁴ § 122 II AktG, v. *supra*, « Demandes d'adjonction », § 198.

registre des actionnaires au commencement du 21^e jour précédent l'assemblée (§ 128 I AktG). Jusqu'en 2001, la loi ne posait pas de date limite de détention d'actions au porteur pour être informé par son teneur de compte. La NaStraG de 2001 imposa un délai de deux semaines avant l'assemblée⁶⁹⁵, qui passa à 21 jours avec l'UMAG de 2005. Ce « *Termin* » de J-21 correspond à la date limite pour la possession d'actions donnant droit à l'inscription à l'assemblée (§ 123 II 3 AktG). L'idée sous-jacente était de considérer comme inutile la transmission de convocations à des actionnaires au porteur qui n'auraient de toute manière pas pu participer à l'assemblée à défaut de pouvoir attester de la détention d'actions à J-21. Le *Bundesrat* estimait d'ailleurs qu'en vertu de cet alignement des délais, la société pourrait procéder à l'envoi direct de l'ensemble des convocations à J-21, le délai de J-14 relatif au actionnaires au nominatif n'empêchant pas une seconde vague d'envois pour les nouveaux actionnaires inscrits au registre pendant ces sept jours⁶⁹⁶.

282. *Communication jusqu'à J-14 ?* Les actionnaires inscrits au registre des actionnaires de la société avant le commencement du 14^e jour pré-assemblée sont convoqués directement par la société (§ 125 II AktG). La date limite d'enregistrement des actions au nominatif de J-14 est surprenante, car elle s'intègre curieusement dans les autres délais en vigueur. Elle ne correspond ni aux 21 jours de l'alinéa 1^{er} avant lesquels les établissements de crédit et associations d'actionnaires doivent recevoir la convocation et encore moins aux 30 jours du § 123 I AktG avant lesquels l'assemblée doit être convoquée. Avant 2001, la communication aux actionnaires enregistrés se faisait, à défaut d'indication d'ordre temporel, au même moment que la communication aux établissements financiers et associations d'actionnaires prévue à l'alinéa 1^{er} du § 125 AktG, c'est-à-dire, selon le droit alors en vigueur, dans les 12 jours suivant la publication au journal officiel. Le projet de loi NaStraG de 2000 prévoyait de faire référence à ce délai de l'alinéa 1^{er}. La nouvelle formulation précisait explicitement que la convocation serait envoyée aux actionnaires au nominatif inscrits au plus tard le 12^e jour après la publication au journal officiel⁶⁹⁷. Pour le gouvernement, qui s'en félicita, il s'agissait de simplifier le travail de la société en la libérant de l'obligation de convoquer personnellement les actionnaires au nominatif inscrits tardivement, en d'autres termes de procéder à plusieurs vagues d'envoi de convocations. Pourtant, le texte définitif de la

⁶⁹⁵ Ce délai de deux semaines était « accordé » à celui relatif à la convocation directe des actionnaires au nominatif (v. ci-dessous, § 125 II AktG, de la NaStrag de 2001 à l'ARUG de 2009).

⁶⁹⁶ Avis du Bundesrat, RegE UMAG, 14.03.2005, BT-Drs. 15/5092, p. 33.

⁶⁹⁷ Projet d'amendement du § 125 II 3 AktG : « *am Ende der Frist des Absatzes 1 Satz 1 als Aktionär im Aktienregister der Gesellschaft eingetragen sind* », Art. 1^{er}, RegE NaStraG, 08.09.2000. BT-Drs. 14/4051, p. 5.

NaStraG de 2001 supprima cette référence au 12 jours post-publication et introduisit une date limite d'envoi fixe de « deux semaines » avant l'assemblée. La 6^e Commission juridique estima plus logique de poser une date fixe qui ne dépende pas autant de la société (que le jour de la publication de la convocation)⁶⁹⁸. Cette solution est en effet plus juste pour les récents actionnaires. La convocation à l'assemblée est souvent publiée deux à trois mois avant l'assemblée, ce qui aurait libéré la société d'une convocation directe très tôt. Le délai de deux semaines courant à rebours est passé par la loi ARUG de 2009 à « 14 jours ».

Cette date abstraite, ce compromis, libère donc simplement la société de l'obligation de convocation des actionnaires ayant converti leurs actions en actions au nominatif ou les ayant acquises moins de 14 jours avant l'assemblée⁶⁹⁹. Ce délai est appelé « *Versendungsstopp* », et est une simple date limite d'envoi. Cela ne signifie en effet pas que ces derniers sont exclus de l'assemblée ou ne peuvent exercer leurs droits, puisque l'inscription peut parvenir à la société, à défaut d'un délai plus court prévu par les statuts, jusqu'à J-6⁷⁰⁰.

II - L'évolution du calendrier français

283. En fixant des termes spécifiques à la publication et la transmission d'informations par voie électronique, comme pouvait l'y inviter la directive européenne, le droit français court le risque de compliquer inutilement son calendrier (A). La publication en ligne ou la transmission par voie électronique de certaines informations requises par les actionnaires sont

⁶⁹⁸ BT, 6. RA, « *Beschlussempfehlung und Bericht zum NaStraG* », 15.11.2000, BT-Drs. 14/4618, p. 13.

⁶⁹⁹ Qu'en est-il des demandes des actionnaires au porteur ? L'enjeu de la question est faible, et ce pour trois raisons. Premièrement, l'actionnaire au porteur d'une société cotée doit prouver la détention d'actions à J-21. Deuxièmement, l'actionnaire au porteur est en principe informé par son teneur de compte (en principe certes, car pour être lui même informé et recevoir les convocations automatiquement de la part de la société, le teneur de compte doit « avoir exercé des droits de vote pour des actionnaires ou avoir demandé la communication de la convocation », § 125 I AktG). Troisièmement, l'actionnaire a accès à toutes les informations relatives à la convocation sur le site internet de la société cotée – par l'intermédiaire duquel il exprimera d'ailleurs vraisemblablement sa demande. Quoi qu'il en soit, la première hypothèse soulevée par le § 125 II AktG impose au directeur, avec constance depuis 1966, de transmettre une convocation à tous les actionnaires le demandant. Dans le silence de la loi quant à une date limite d'envoi pour les actionnaires au porteur auteur d'une demande, l'on pourra considérer que la société est obligée de transmettre une convocation jusqu'à J-14. Au regard, premièrement, de l'égalité de traitement des actionnaires. Autoriser les actionnaires au porteur à exiger une convocation plus longtemps que les actionnaires au nominatif, en d'autres termes favoriser l'actionnaire au porteur, s'oppose à la nature comme à l'ordre des choses. Secondement, l'utilité d'une convocation plus tardive est toute relative, l'inscription à l'AG de l'actionnaire devant parvenir à la société cotée avant J-6. Or il est peu probable que l'actionnaire au porteur d'une société cotée (ou non, v. *supra*, note 691), ayant manqué la publication et n'ayant pas été prévenu par son teneur de compte, parvienne à ce que ce dernier envoie une attestation de détention d'actions dans des délais si courts.

⁷⁰⁰ RegE NaStraG, « Zu § 125 AktG », BT-Drs. 14/4051, p. 13.

plus contextuelles en ce qu'elles dépendent simplement de la date de réception de la demande (B).

A) Le calendrier légal et réglementaire de l'assemblée générale

284. Trois périodes se distinguent clairement : celle de la publication au BALO de l'avis de réunion valant convocation avant J-35 (1), celle de sa publication en ligne à J-21 au regard du droit européen (2), puis celle de la publication et transmission de l'avis de convocation à J-15 (3).

1. Avant le 35^e jour pré-assemblée : publication au BALO

285. Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou ne revêtent pas toutes la forme nominative, l'avis de réunion doit être publié au moins 35 jours avant la tenue de l'assemblée (art. R. 225-73 I C. com.). Ce délai n'est pas une constante du droit des sociétés cotées, puisque de 1967 à 2007⁷⁰¹, il était de 30 jours. Selon la formulation retenue désormais par le décret de juin 2010, il est question de 35 jours « au moins ». Les sociétés n'attendent en effet pas le dernier jour et il est courant que l'avis de réunion soit publié en ligne et au BALO plus de deux mois avant l'assemblée. Nous ne reviendrons pas ici sur les spécificités du dualisme de la convocation française, mais rappellerons que cet avis de réunion vaut convocation au sens de la directive européenne⁷⁰².

2. Entre le 35^e et le 21^e jour pré-assemblée : publication en ligne

286. La publication sur internet est imposée aux sociétés dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé, ainsi que l'exige la directive « actionnaires » et sans la moindre concordance avec les autres délais français, « pendant une période ininterrompue commençant au plus tard le vingt et unième jour précédant l'assemblée »⁷⁰³. L'on pourrait certes arguer que l'avis de réunion étant publié au BALO particulièrement tôt, tous les documents susceptibles d'être présentés ne sont pas forcément prêts à l'être 35 jours avant l'assemblée. L'obligation de publication au plus tard 21 jours avant l'assemblée s'avère alors être l'octroi de 14 jours de délai pour publier les formulaires de vote et de procuration, les

⁷⁰¹ Art. 130 al. 3 puis 130 III D. n° 67-236 du 23.03.1967 ; art. 29 4° D. n° 2006-1566 du 11.12.2006, JORF 12.12.2006 en vigueur le 01.01.2007.

⁷⁰² V. *supra*, « Avis de réunion et avis de convocation », § 667.

⁷⁰³ Art. L. 2245-73-1 C. com., art. 5 § 4 dir. « actionnaires ».

comptes, rapports, décisions relatives aux jetons de présence et autres informations listées aux articles L. 225-115 et R. 225-83 C. com. Cela n'est cependant pas nécessairement un cadeau pour les sociétés, qui se retrouvent contraintes d'indiquer dans l'avis de réunion « les conditions, notamment de délais », dans lesquelles les formulaires de vote par procuration ou correspondance peuvent être obtenus, ainsi que « la date de mise à disposition du texte intégral : a) des documents destinés à être présentés à l'assemblée [...] ; b) des projets de résolution présentés, le cas échéant, par les actionnaires » (art. R. 225-73 C. com.). En pratique, rien n'empêche la publication simultanée de l'avis de réunion et des documents sur internet.

Ce délai pose toutefois, dans l'absolu, quelques problèmes évidents, le plus manifeste étant l'absence éventuelle de formulaire de vote par procuration ou par correspondance entre ces deux dates. Faut-il de plus rappeler que « l'assemblée délibère et statue sur toutes les questions relatives aux comptes annuels » (art. L. 225-100 al. 9 C. com.)? Sur la base de quelles informations les actionnaires peuvent-ils voter par correspondance durant ces 14 jours ? Soulignons enfin que l'avis de réunion publié au BALO doit être identique à celui publié sur le site internet. Il est conseillé de procéder aux publications de manière parallèle, afin d'éviter toute incompréhension ou confusion, tout en rappelant clairement la date à laquelle le texte définitif sur la base duquel les actionnaires voteront, sera publié.

287. Ces choix ne résultent pas directement d'une obligation communautaire. La directive impose une publication « au plus tard » le 21^e jour précédant l'assemblée. Le droit français aurait pu choisir d'aligner la date de publication en ligne sur les 35 jours relatifs à la publication au BALO, comme le droit allemand aligna l'obligation de publication en ligne sur celle de la publication au Bundesanzeiger. C'est d'ailleurs ce que recommandaient l'AMF et l'ANSA dès 2006⁷⁰⁴. L'harmonisation européenne en est toutefois la principale raison. Les législations des États membres s'étant plus ou moins alignées sur ces 21 jours, les sociétés étrangères admises sur un marché réglementé français n'ont guère envie de devoir publier

⁷⁰⁴ « Simultanément à l'insertion au BALO de l'avis de convocation et de l'avis de réunion prévus aux articles R. 225-66 et R. 225-73 du code de commerce, l'AMF recommande que les sociétés : - publient ces avis sur leur site internet ; [...] - précisent dans le communiqué et sur leur site internet les conditions dans lesquelles l'actionnaire peut se procurer les documents préparatoires, en indiquant l'adresse postale ou électronique à laquelle doit être adressée la demande, voire mettent sur leur site internet l'ensemble des documents préparatoires, visés à l'article R. 225-81 du code de commerce, auxquels l'actionnaire a droit. Les documents préparatoires visés à l'article R. 225-83 du code de commerce peuvent être mis en ligne sur le site internet de la société (sans que cela puisse exonérer l'émetteur de son obligation de transmettre ces documents à un actionnaire sur sa demande) » *in*, AMF, « Recommandation relative à la participation des actionnaires aux assemblées générales », 21.04.2006 ; cf. ANSA, n° 06-021, mai 2006.

leurs comptes et rapports plus tôt. Ces sociétés n'en sont pas pour autant moins soumises à l'obligation de publication de l'avis de réunion au BALO. Mais l'incohérence n'est que relative, puisque la rédaction de l'avis de réunion exige une organisation moins lourde que la rédaction des rapports, comptes, etc. C'est le compromis qu'a dû trouver le gouvernement pour ne pas nuire à l'attractivité de la place financière française. Au final, ce délai de deux semaines condamne à l'immobilisme et ne confère à l'avis de réunion qu'un simple effet d'annonce. Pris strictement, il ne permet seul ni de voter, ni d'accéder aux documents nécessaires à la réflexion préalable à la rédaction de projets de résolution.

3. Entre le 21^e et le 15^e jour pré-assemblée : l'incohérence

288. Le 15^e jour pré-assemblée constitue la date limite de publication ou de transmission à l'actionnaire de l'avis de convocation (art. R. 225-69 C. com.). La publication au BALO est obligatoire pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou ne revêtent pas toutes la forme nominative. Seules les sociétés dont toutes les actions sont nominatives peuvent se priver de cette publication, à la condition de procéder à l'envoi de la convocation à chaque actionnaire par voie postale (lettre simple ou recommandée) ou par voie électronique.

289. L'avis de convocation comporte le texte définitif des projets de résolution qui seront soumis au vote. Il incorpore les projets de résolution et points ajoutés à l'ordre du jour transmis par les actionnaires à la société au plus tard le 25^e jour avant l'assemblée. Ces projets, souvent dissidents, sont parallèlement et sans délais publiés sur le site internet de la société. Mais qu'en est-il des modifications des projets du conseil d'administration ou du directoire ?

En principe, le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, peut modifier le texte des projets de résolution publié dans l'avis de réunion⁷⁰⁵. N'étant pas lié par ce texte, dont la vocation même est d'être modifié (en priorité certes par les actionnaires), le conseil ou le directoire est autorisé à ajouter, amender, ou supprimer ses propres projets de résolution dans le texte définitif, à savoir l'avis de convocation publié 15 jours avant l'assemblée. Or le nouvel article R. 225-73-1 4^o C. com. dispose que doit être publié pendant une période ininterrompue de 21 jours avant l'assemblée « le texte des projets de résolution qui seront présentés à l'assemblée par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas ». Doit

⁷⁰⁵ A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés*, Dalloz commenté, 2015, comm. ss art. R. 225-73 C. com.

être publié « le » texte qui sera soumis au vote, et non un texte provisoire susceptible d'être modifié. Issu d'une transposition quasi-littérale de la directive « actionnaires » dont l'essence était d'harmoniser tant que possible les délais de convocations aux assemblées, cet article n'a rien d'une disposition supplétive. Cette nouvelle obligation de publication emporte une conséquence directe peu rapportée par la doctrine mais remarquée par la pratique : le conseil d'administration n'est plus autorisé à modifier ses propres projets de résolution dès lors qu'il en a publié une version sur son site internet, donc au plus tard le 21^e jour avant l'assemblée. En conséquence, entre le 21^e et le 15^e jour pré-assemblée, l'actionnaire d'une société cotée ou assimilée s'informant sur le site internet de la société peut se fier à l'avis de convocation. Il peut et doit considérer le texte publié sur le site internet comme définitif. Le comité juridique de l'ANSA admet justement que le décret de juin 2010 ayant inséré l'article R. 225-73-1 C. com. (tant attendu) « a instauré indirectement, aux sociétés dont les actions sont cotées sur un marché réglementé, une nouvelle date de J-21 avant l'assemblée pour la fixation de l'ordre du jour »⁷⁰⁶. Si la modification entre J-21 et J-15 n'est pas expressément interdite par les textes, poursuit le comité, « il est vivement recommandé que le conseil d'administration s'en abstienne, [...] la logique du site internet de communication à J-21 est naturellement de respecter le programme ainsi communiqué ». Le MEDEF s'était plaint de cette mesure, ne voyant pas comment il serait possible de publier l'ordre du jour définitif en prenant compte des propositions des actionnaires avec une date de publication de l'avis de réunion à J-30⁷⁰⁷. Entre temps, la date de publication a certes été décalée à J-35, mais l'incohérence subsiste.

B) Les publications et communications électroniques contextuelles

290. Trois types de requêtes obtiennent une réponse par voie électronique dépendant fortement de la date de leur réception par la société, et n'étant donc pas fixée par la loi ou le règlement. Il s'agit de la publication par la société son site internet, premièrement, des nouveaux points et projets de résolution proposés par les actionnaires et inscrits à l'ordre du jour (1) et, deuxièmement, des réponses aux questions écrites posées par les actionnaires afin de se libérer de l'obligation de réponse en salle (2). Troisièmement, l'envoi des documents sociaux requis par un actionnaire a de même lieu en fonction de la date de réception de la

⁷⁰⁶ ANSA, « La modification de l'ordre du jour d'une assemblée de société cotée après l'entrée en vigueur du décret du 23 juin 2010 », n° 11-005, janv. 2011.

⁷⁰⁷ ANSA, « Deuxième consultation de la Commission européenne sur les droits des actionnaires et l'exercice du vote aux assemblées générales - Observations présentées par l'ANSA », n° 05-038, 08.07.2005, p. 3.

demande, l'idée étant que ces documents ont vocation à parvenir à l'actionnaire avant la tenue de l'assemblée (3).

1. La publication de l'ordre du jour définitif

291. L'article R. 225-73-1 al. 3 C. com. impose à la société cotée de publier « sans délai sur son site internet le texte des projets de résolution présentés par les actionnaires et la liste des points ajoutés à l'ordre du jour à leur demande ». La date de publication en ligne des adjonctions émanant des actionnaires fait l'objet d'une attention particulière. L'article R. 225-73-1 C. com. débute de manière générale par une indication d'ordre temporel : la publication des informations énumérées sous l'alinéa 1^{er} a lieu « pendant une période ininterrompue commençant au plus tard le vingt et unième jour précédant l'assemblée ». Or les adjonctions émanant des actionnaires ne sont pas listées dans cet alinéa premier, mais citées au 3^e alinéa. De fait, les points ou projets de résolution ajoutés par les actionnaires ne sont pas soumis à cette obligation de publication permanente dès J-21. Pour ce qui a trait plus particulièrement à ces informations, le règlement donne deux informations peu compatibles. Le premier article invite la société à indiquer quand elle publiera les adjonctions à l'ordre du jour (art. R. 225-73 C. com.)⁷⁰⁸, le second impose une publication sans délai (art. R. 225-73-1 C. com.).

Le commencement de la publication n'est donc pas fixé légalement mais dépend de la date de réception des demandes et du temps nécessaire à leur traitement. *A priori*, la publication ne doit pas attendre la date limite de réception des demandes. Plus tôt les actionnaires sont informés des requêtes des autres actionnaires, plus tôt ils peuvent se préparer aux débats, formuler leurs instructions de vote et mandater une personne. Cette mesure est ainsi en accord avec l'article 7 § 4 dir. « actionnaires » imposant une publication de l'ordre du jour modifié avant la date d'enregistrement.

⁷⁰⁸ Les demandes doivent, dans l'absolu, parvenir à la société avant J-25 (au plus tard 20 jours suivant la publication de l'avis de réunion, art. R. 225-73 II C. com.), l'ordre du jour définitif publié avant J-15 (art. R. 225-69 C. com.). L'on sait de plus qu'en pratique l'avis de réunion est souvent publié vers J-60, et que la date limite de réception des demandes d'adjonction est alors à J-40 ; cf. AMF, *Les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées*, Rapport O. POUPART LAFARGE (dir.), 07.02.2012, p. 13. L'avis définitif de convocation peut dès lors être publié relativement tôt. Le calendrier des sociétés cotées est donc prévisible et c'est pour cette raison que l'on demande à la société d'informer ses actionnaires, au moment de la publication de l'avis de réunion, de la date à laquelle ils pourront consulter l'ordre du jour définitif, et par extension l'avis de convocation.

2. La publication des réponses aux question écrites

292. Ni le nouvel article L. 225-108 al. 4 C. com., ni l'article R. 225-84 C. com. ne se prononcent sur le moment auquel la réponse écrite en ligne peut, doit ou devrait être publiée. L'AMF constate que malgré la date limite de réception au quatrième jour ouvré précédant l'assemblée, les conseils d'administration des sociétés anonymes françaises sont toujours confrontés à des difficultés temporelles pour répondre aux questions « de manière complète »⁷⁰⁹. Cela explique certainement pourquoi d'aucuns n'hésitent pas à écrire qu'une « lecture combinée de cette nouvelle disposition et du texte de l'alinéa 3 ('au cours de l'assemblée'), conduit à supposer qu'une telle réponse doit figurer sur le site au plus tard à la fin de la réunion de l'assemblée ». Cette interprétation est à rejeter.

L'AMF considère, conformément à l'esprit du texte, que la publication des réponses sur internet doit avoir lieu « en amont de l'assemblée, afin que les actionnaires puissent en prendre connaissance avant l'assemblée »⁷¹⁰. La publication des réponses en ligne n'a pas seulement pour objectif d'alléger l'assemblée⁷¹¹. La réponse en amont de la réunion enrichit l'information des actionnaires. Une réponse écrite offre un temps d'analyse, de réflexion aux actionnaires que la simple lecture en séance ne permet pas. Si la réponse écrite ne contente pas l'actionnaire, ce temps lui permettra de rebondir en séance. Aussi est-il impératif que les actionnaires présents en salle aient pu consulter les réponses écrites avant de se déplacer⁷¹². En l'absence d'indication temporelle claire dans la loi, l'on pourrait – de manière informelle, c'est-à-dire dans l'attente d'une précision réglementaire, d'une recommandation de bonne gouvernance d'une quelconque organisation ou de l'AMF – aligner la date limite de publication en ligne des réponses écrites sur la date limite de réception des formulaires électroniques de vote à distance⁷¹³, soit « la veille de la réunion de l'assemblée générale, au plus tard à 15 heures, heure de Paris », sur le modèle donc de l'article R. 225-77 al. 1^{er} C. com. Cette solution laisse suffisamment de temps au conseil qui, en général, ne se réunira de toute manière pas plus tard. Elle laisse suffisamment de temps aux actionnaires, qui seront

⁷⁰⁹ AMF, *Les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées*, Rapport O. POUPART LAFARGE (dir.), 07.02.2012, p. 16.

⁷¹⁰ *Ibidem*.

⁷¹¹ V. MAGNIER, « Nouvelles mesures en faveur de la démocratie actionnariale dans les sociétés cotées », *Rev. sociétés*, 2011, p. 267, § 17.

⁷¹² Certes, la généralisation des téléphones ayant accès à internet permet de trouver ces réponses sur la route de l'assemblée. En salle, l'accès au réseau téléphonique est moins évident, car souvent bloqué à dessein, mais un accès à internet sans fil comblera généralement ce manque.

⁷¹³ V. *infra*, « La période de transmission des formulaires de vote à distance », § 351.

assurés et rassurés de pouvoir consulter l'ensemble des réponses aux questions écrites la veille au soir de l'assemblée. Elle apparaît être un bon compromis.

3. La transmission des documents sociaux

293. La demande devant parvenir à la société « à compter de la convocation de l'assemblée et jusqu'au cinquième jour inclusivement avant la réunion », l'article R. 225-88 C. com. impose à la société « de procéder à l'envoi avant la réunion ». Cette dernière formulation issue du décret de 1967 pourrait être revue. Un envoi dans des délais raisonnables de quelques jours suivant la réception de la demande serait plus opportun. L'avis de réunion peut être envoyé relativement tôt, et l'envoi des documents perd son utilité s'il est tardif. Aussi le législateur ne devrait-il pas craindre de s'approprier les locutions et adverbes temporels utilisés en droit allemand⁷¹⁴. À défaut de paraître précis, ces outils sont simples, souples, claires et finalement efficaces. Ils imposeraient toujours à l'actionnaire de faire sa demande suffisamment tôt et à la société d'y répondre dans les plus brefs délais avant l'assemblée, tout en conférant une certaine flexibilité non susceptible de causer un quelconque dommage.

294. Contrairement au droit français, la loi allemande ne prévoit pas de date limite de réception des demandes. Une interprétation téléologique permet d'affirmer que la demande doit parvenir à la société suffisamment tôt pour que les documents envoyés en réponse aient le temps de parvenir à l'actionnaire avant l'assemblée.

§ 2 - Des délais raccourcis en cas de participation électronique ?

295. Alors que la voie électronique n'est pas même favorisée en période d'OPA prévoyant des termes et délais plus courts⁷¹⁵, qu'est-il advenu, inversement, de la possibilité de prévoir des délais plus courts en cas de participation électronique à une AG non annuelle ? L'article 5 § 1 al. 2 de la directive « actionnaires » autorise les États membres à « prévoir que, lorsque la société offre la possibilité aux actionnaires de voter par des moyens électroniques accessibles à tous les actionnaires, l'assemblée générale des actionnaires peut décider que la société émet la convocation à une assemblée générale qui n'est pas une assemblée générale annuelle [...] »

⁷¹⁴ Tels que : « sans délai », « dès » ou « immédiatement après » réception de la demande de l'actionnaire.

⁷¹⁵ V. Glossaire, « Calendrier en période d'OPA », § 693.

au plus tard le quatorzième jour précédant la date de l'assemblée ». « Cette décision doit être prise à une majorité qui ne peut être inférieure aux deux tiers des votes attachés aux actions représentées ou du capital souscrit représenté et pour une durée qui ne peut aller au-delà de la prochaine assemblée générale annuelle », poursuit le texte. Cette mesure, d'origine indiscernable, est le fruit d'un compromis intéressant (I). Non transposée en droit français ou allemand (II), une réduction des délais en cas de participation électronique pourrait toutefois y trouver sa place (III).

I - Un compromis intéressant

296. Il n'est pas inutile de jeter un œil sur les sources d'inspirations de ce texte, qui lie et conditionne la possibilité de réduire le délai de convocation à une assemblée extraordinaire – alors que la directive se donnait pour objectif d'unifier les délais pour toutes les assemblées générales – à la liberté de chaque actionnaire de voter par voie électronique.

297. *14 jours.* Lors de la consultation précédant la rédaction de la directive « actionnaires », la question d'un autre jeu de délais propres aux assemblées générales extraordinaires fut posée. Aux 21 jours ouverts (transformés en un mois, 30 jours « calendrier ») s'appliquant aux assemblées annuelles, le document de consultation de la Commission proposait 10 jours ouverts pour les autres assemblées. L'idée était de permettre aux sociétés d'agir promptement face à des situations exceptionnelles⁷¹⁶ et notamment face à une offre publique d'acquisition, matière ayant fait l'objet d'une directive en 2004 et donc encore dans les têtes. L'article 9 § 4 de la directive OPA autorisait en effet les États à prévoir un délai plus court de convocation⁷¹⁷. Ce délai entre la convocation et l'assemblée ne doit pas être inférieur à deux semaines, ce qui correspond certes à 10 jours ouverts, mais est psychologiquement peut-être plus facile à accepter. Environ 90% des réponses à la consultation s'opposèrent à un délai plus court pour les assemblées extraordinaires⁷¹⁸.

⁷¹⁶ « *In setting any standard for a minimum notice period, a balance must be struck with the need for companies to have the ability to react swiftly to events. Such ability would be hindered by overly long notice periods.* » in, Comm. euro., DG Internal Market, « *Fostering an appropriate regime for shareholders' rights* », 13.05.2005, p. 9.

⁷¹⁷ V. Glossaire, « *Calendrier en période d'OPA* », § 693.

⁷¹⁸ « *There should be one and the same minimum notice period for all General Meetings, AGMs and other General Meetings alike (extraordinary, special, etc). In particular, many respondents express their opposition to any shorter notice period for Extraordinary General Meetings, arguing that the business submitted to EGMs often is of strategic importance, so that shareholders need more - not less - time to consider the information*

298. *Participation électronique.* La Commission s'exécuta. La proposition de directive ne comporta qu'un délai de convocation unique d'au « moins 30 jours calendrier » à l'ensemble des assemblées générales⁷¹⁹. La mesure en question est dévoilée dans un amendement de compromis qui préfigure largement la version finale de l'article 5 de la directive, sans qu'il soit possible d'en connaître l'auteur original et les motivations⁷²⁰. C'est par cet amendement que, premièrement, apparaît le fameux délai « d'au moins 21 jours ». C'est par cet amendement que, secondement, apparaît la référence au vote électronique, posé comme condition à l'adoption de délais de convocation plus courts. Pour pouvoir réduire le délai de notification, la société doit en effet permettre le vote électronique. Cette mesure est particulière car elle est la seule, avec celle relative à l'obligation de publication en ligne de la convocation, à imposer l'utilisation des nouvelles technologies. Les mesures relatives au vote électronique, ainsi qu'à la communication électronique, sont de nature supplétive. Certes la transposition en droit national de la mesure étudiée est facultative dans son ensemble, mais pas dans son contenu. Les États membres sont contraints d'adopter en bloc ou de rejeter le dispositif. Les États qui optent pour des délais de convocation plus courts pour les assemblées générales extraordinaires ne peuvent le faire qu'en imposant aux sociétés de proposer à leurs actionnaires un système permettant à ces derniers de voter en ligne⁷²¹.

299. Peut-être faut-il y voir l'influence de certaines remarques reçues durant la consultation de la Commission européenne. Pour certaines sociétés, parmi lesquelles la Münchener Rückversicherung AG, première grande société européenne à avoir permis le vote en direct à l'assemblée générale des actionnaires, les charges pesant sur les sociétés devraient être allégées dès lors qu'elles organisent une communication électronique avec leurs actionnaires⁷²².

provided to them ahead of the meeting. Some add that 10 business days' notice, in any event, is too short a period to make it possible for non resident shareholders to cast an informed vote. » in, Comm. euro., DG Internal Market, « Synthesis of the comments on the second consultation document », sept. 2005, p. 8.

⁷¹⁹ Art. 5, COM(2005) 685 final, 2005/0265 (COD), 05.01.2006.

⁷²⁰ K.-H. LEHNE, *loc. cit.* note 645.

⁷²¹ Rappelons que cela ne vaut pas pour les assemblées devant approuver des mesures relatives à une offre publique d'acquisition, explicitement exclue du champ d'application de l'article 5 de la directive « actionnaires » et faisant l'objet de dispositions spéciales en droit national.

⁷²² « *It should be stressed that in cross-border-situations electronic information should be regarded as standard. Member States should relieve companies which use electronic information from any burdensome legal requirements and should thus encourage this way of information.* » in, Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft, « Fostering an appropriate regime for shareholders' rights », 12.07.2005, p. 5 ; *Idem*, Siemens AG, 25.07.2005.

Plus simplement, il semble que l'amendement soit un véritable compromis entre le temps nécessaire aux actionnaires pour exercer leurs droits et l'urgence d'une situation à laquelle une société cotée peut être confrontée. La Commission, clairement animée par cette recherche de compromis, a bien conscience du temps perdu par l'envoi postal dans la chaîne des intermédiaires⁷²³ et que seule la voie électronique peut remédier à cette perte de temps. Si l'on ajoute aux 14 jours prévus par l'article en question les 6 à 8 jours perdus pour les envois postaux, l'on obtient bien un délai d'environ 21 jours, un délai donc similaire à celui considéré à l'article 5 de la directive comme minimal pour la convocation d'une assemblée générale. Seule la participation à l'AG par voie électronique assure à l'actionnaire que son vote par correspondance arrivera à temps.

II - Une réception décevante

300. Cette mesure n'est qu'un accord de fond, une dérogation laissée à la discrétion des actionnaires⁷²⁴. Pour consacrer le caractère exceptionnel du recours à des délais raccourcis, la directive fixe un temps de validité de la décision. La décision de l'assemblée ne peut valoir que jusqu'à la prochaine assemblée générale annuelle. Elle peut cependant être plus courte et désigner une assemblée extraordinaire particulière, dont la survenance est vraisemblable mais dont la date ne peut être arrêtée par avance avec certitude. Cette mesure est portée par un souffle démocratique plutôt rafraichissant. Ni la France, ni l'Allemagne n'ont pourtant pris le vent. Plusieurs raisons sont avancées pour justifier ce choix.

301. Premièrement, sa réception serait déjà mise à mal par d'autres dispositions. L'article 7 § 3 de la directive impose « qu'au moins huit jours s'écoulent entre la dernière date à laquelle il est possible de convoquer l'assemblée générale et la date d'enregistrement ». Si la

⁷²³ « Any minimum notice period for convening a General Meeting should give investors sufficient time to consider how to vote and cast their votes 'in absentia'. Typically, information takes at least 3-4 days via the 'chain' of intermediaries to reach the investor. Once the investor has determined how votes attaching to his shares are to be cast, his voting instructions may take another 3-4 days to reach the issuer. Also, timing should be such that investors are in a position to exercise other rights, which they may have in relation to a General Meeting, e.g., ask questions, place items on the agenda or table resolutions. This requires that there should be sufficient time to communicate a revised agenda or the tabled resolutions to the other shareholders. » in, Comm. euro., *idem*, 13.05.2005, p. 9.

⁷²⁴ À la discrétion de la majorité constituée d'au moins deux tiers des votes attachés aux actions représentées ou du capital souscrit représenté, précise le texte de la directive. Le droit allemand de manière ponctuelle (par. ex. au § 179 II AktG : au moins trois quarts du capital représenté pour une modification statutaire), comme le droit français de manière générale (art. L. 225 al. 3 C. com. : deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés), exigent une majorité plus élevée lors des assemblées générales extraordinaires.

date de convocation est fixée, au plus tard, à J-14, la date d'enregistrement serait à J-5, le jour de la convocation et celui de la date d'enregistrement n'étant pas comptabilisés⁷²⁵. La date d'enregistrement, selon la directive (art. 7 § 2), correspond au moment fixé – par les États membres – auquel les actionnaires doivent détenir les actions pour pouvoir participer à une assemblée générale et y exercer leur droit de vote. Cette date d'enregistrement peut être couplée par une date d'inscription à l'assemblée, qui ne peut lui être antérieure, elle concorde sinon simplement avec la date limite pour l'exercice des droits de l'actionnaire. Or cette date de J-5 est particulièrement proche de la date de l'assemblée, ce qui pose la question de la capacité des sociétés anonymes à gérer les demandes de carte d'admission, les formulaires de vote à distance et de procuration en si peu de temps.

302. Secondement, cette mesure s'insère-elle difficilement dans les droits nationaux ? Le risque d'une transposition malheureuse est-il important ? Les deux droits ont modifié les règles de participation à l'assemblée au moment où la directive fut préparée. Il s'agit de déterminer si, en cas de réduction du délai de convocation à J-14, les droits français (A) et allemand (B) sont compatibles avec une date d'enregistrement à J-5.

A) Difficultés de transposition en droit français

303. Le décret français n° 2005-1566 du 11 décembre 2006 a introduit le mécanisme anglo-saxon de date d'enregistrement, supprimant l'obligation d'immobilisation des actions. Aligné sur le temps de règlement-livraison, la date d'enregistrement est passée de J-3 à J-2 au 1^{er} janvier 2015⁷²⁶. Dans les sociétés cotées, cette date d'enregistrement est considérée comme date limite pour demander une carte d'admission ou pour l'envoi des formulaires papier de vote ou de procuration (art. R. 225-85 C. com.). Dans les sociétés non cotées, n'émettant donc que des actions nominatives (art. L. 211-7 C. mon. fin.), la date d'enregistrement est par principe le jour de l'assemblée (art. R. 225-86 C. com.). La loi autorise cependant les statuts à adopter une date d'enregistrement à J-2. Ainsi, la date d'enregistrement française ne pose pas de difficulté à la transposition de la directive.

⁷²⁵ Pour une assemblée prévue le mardi 30 du mois, la date limite de convocation de J-14 correspondra au lundi 16 du mois (seul le jour de l'assemblée n'est pas comptabilisé), la date limite d'enregistrement – suivant d'au moins huit jours la précédente date – sera le mercredi 25 (ni le jour de convocation, ni le jour d'enregistrement ne sont comptabilisés) : le mercredi 25 correspond ainsi à J-5.

⁷²⁶ Art. 1^{er} D. n° 2014-1466 du 08.12.2014, JORF, 10.12.2014, p. 20627.

304. Un premier obstacle à la transposition en droit français de la mesure européenne réside dans le fait que les avantages par rapport au *statu quo* sont loin d'être flagrants pour les sociétés non cotées. Certes ces sociétés, justement car elles n'émettent que des actions nominatives et entrent rapidement en contact avec l'ensemble de leurs actionnaires, sont en théorie prédestinées à user d'un délai de convocation plus court. Or ces sociétés bénéficient déjà de délais de convocation très courts – bien plus courts que les délais prévus par la directive européenne dont le champ d'application est, rappelons-le, réservé aux sociétés cotées⁷²⁷. Les sociétés non cotées ne sont premièrement pas soumises à l'obligation de publication d'un avis de réunion (J-35, art. R. 225-73 C. com.). Elles ne sont deuxièmement pas soumises à l'obligation de publication sur leur site internet (J-21, art. R. 225-73-1 C. com.). Troisièmement, la convocation des actionnaires de sociétés non cotées, qui n'intervient que par la publication et la transmission par voie postale ou électronique de l'avis de convocation, a lieu au plus tard à J-15 (art. R. 225-69 C. com.). Parallèlement, ces sociétés ne sont pas obligées de permettre à leurs actionnaires un vote électronique et ces règles valent pour les assemblées générales ordinaires comme extraordinaires.

305. Manifestement, la solution proposée par la directive européenne pour les sociétés cotées, à savoir un raccourcissement des délais de convocation couplé à une participation électronique à l'assemblée, ne saurait être appliqué aux sociétés de droit français dont les actions ne sont pas admises à la négociation sur un marché réglementé. Cela n'empêche pas de plaider pour le développement du vote électronique dans ces sociétés. La participation est d'autant plus à encourager quand elles font usage de délais de convocation courts, face à des situations l'exigeant – ce à quoi elles ne sont pas obligées.

306. Pour les sociétés dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé, la principale difficulté de transposition réside dans la remise en cause de la dualité des avis. Le raccourcissement du délai de convocation à J-14 impose par définition une publication dans les mêmes délais. Or les délais de publication pour les sociétés cotées évoqués ci-dessus sont en effet expressément plus longs que J-14. La seule publication de l'avis de convocation et sa communication aux actionnaires au nominatif au plus tard à J-15 (art. R. 225-69 et -67 C.com.) s'oppose déjà à cette mesure. L'avis de réunion (J-35), valant avis de convocation au sens de la directive, ne pourrait que fusionner avec l'avis de

⁷²⁷ Si ces dernières n'entrent pas dans le champ d'application de la directive, nombreuses sont les mesures ayant été transposées pour tout type de société anonyme.

convocation de droit français (J-15). Or cette dualité est protectrice des droits des actionnaires, et les juristes français ne sont pas prêts aux concessions sur cette particularité nationale, avec laquelle le législateur européen a dû composer, bon gré mal gré.

B) Difficultés de transposition en droit allemand

307. Dans les sociétés dont les actions sont toutes nominatives, sont autorisés à participer à l'assemblée les actionnaires inscrits sur le registre des actionnaires de la société au jour de l'assemblée⁷²⁸. En cas d'obligation statutaire d'inscription à l'assemblée, la date d'enregistrement correspondra le plus souvent toutefois « techniquement » à la date limite d'inscription. Seront ainsi autorisés à participer à l'assemblée les actionnaires nommés dans le registre des actionnaires au dernier jour retenu pour la réception des inscriptions à l'assemblée, qui doit nécessairement se situer entre J-6 et J-1. Si les délais de convocation sont raccourcis à J-14, le délai maximum d'enregistrement requis par la directive à J-5 n'est ainsi pas en accord avec le délai maximum de J-6 du droit allemand. Aussi la date d'enregistrement de droit allemand pour les sociétés uniquement émettrices d'actions au nominatif ne permet-elle pas une transposition « sans efforts » de la directive. En l'absence de clause statutaire prévoyant un délai plus court d'inscription à l'assemblée que le délai légal, seul un raccourcissement des délais jusqu'à J-15 est envisageable pour la convocation des actionnaires en l'état du droit.

308. Mais la vraie difficulté réside dans la date d'enregistrement exigée pour les détenteurs d'actions au porteur de société cotées. Le § 123 III 3 AktG pose la date d'enregistrement au commencement du 21^e jour. Ces 21 jours sont donc en totale inadéquation avec les délais raccourcis proposés par la directive.

Ces inadéquations expliquent en grande partie le manque d'intérêt des législateurs allemand et français pour l'article 5 § 1 al. 2 de la directive « actionnaires ».

⁷²⁸ V. *supra*, « Date d'enregistrement et légitimation », § 346.

III - Des ébauches de solutions

309. Les prédictions d'une partie de la doctrine étaient donc justes⁷²⁹. Il semble que les enjeux n'étaient pas à la hauteur du travail de transposition. Peut-être la demande n'existe-t-elle pas ? Peut-être le vote électronique est-il considéré comme tellement anecdotique qu'il ne justifie pas une dérogation à des règles de convocation déjà bien complexes ? Il ne faut pas prétendre que cette mesure soit d'une importance primordiale à la bonne gouvernance de la société. Rappelons toutefois qu'à défaut de pouvoir aligner le tempo de la finance sur le droit des sociétés par actions, ce dernier doit s'adapter aux dangers que ce rythme constitue. La société cotée doit être capable de réagir plus rapidement qu'en un mois. Les avantages conférés par la flexibilité, la réactivité de la société, sont en l'occurrence plus importants que les risques éventuels. Cette mesure ne touche ni aux quorums de participation ni aux quorums de majorité, qui sont la seule garantie d'équité dans le processus de prise de décision. Le seul danger de l'accélération de la tenue d'une assemblée réside dans le fait que les quorums respectifs des droits français et allemand ne seront peut-être pas atteints. Si un quorum de participation n'était pas atteint, du temps aura en effet été perdu car il faudra procéder à une seconde convocation. Or l'offre de participation électronique à l'assemblée, couplée d'une information directe et ciblée des actionnaires, compense largement ce risque. Si, en revanche, un quorum de majorité n'était pas atteint, c'est simplement que les actionnaires auront exercé leur droit de vote comme bon leur semblait : ils auront en l'occurrence voté contre une résolution et le résultat devra être respecté.

310. D'aucuns ont proposé de limiter cette offre aux sociétés dont les actions revêtent toutes la forme nominative. Cette solution renforcerait l'attrait pour cette catégorie d'actions et accélérerait la vague, observée du moins en Allemagne, de conversion d'actions au porteur en actions au nominatif⁷³⁰. C'est en effet la solution la plus logique. La facilité avec laquelle elle pourrait être transposée en droit allemand ferait une parfaite première étape pour évaluer la réception de cette mesure par la pratique. Réserver cette mesure aux sociétés dont toutes les actions sont nominatives permettrait de préparer en douceur une transposition plus intégrée élargissant son champ d'application, si le besoin se fait ressentir à l'avenir, à tout type de société anonyme. Cette solution est de plus en accord avec l'article 7 § 3 dir. « actionnaires »

⁷²⁹ « Dies würde das in Deutschland vorherrschende System der Inhaberaktien und der hiermit verbundenen längeren Vorlaufzeiten dann doch überfordern. » in, F. OCHMANN, *Die Aktionärsrechte-Richtlinie*, De Gruyter, 2010, p. 47.

⁷³⁰ *Ibidem*.

autorisant les États membres à prévoir deux délais d'enregistrement différents pour les sociétés uniquement émettrices, d'une part, d'actions au nominatif ou, d'autre part, d'actions au porteur. La directive n'impose un délai similaire qu'aux sociétés émettant ces deux types d'actions, ce que nous excluons dans notre hypothèse. Les sociétés dont les actions revêtent toutes la forme nominative disposent aisément de l'adresse électronique des actionnaires. Ces derniers possèdent enfin de plus en plus fréquemment d'un numéro d'identification accompagné d'un mot de passe leur permettant de consulter et de modifier en ligne les informations les concernant retenues sur le registre des actionnaires. Les actionnaires au nominatif peuvent être rapidement contactés et agir par l'intermédiaire de plates-formes électroniques ou par simple messagerie électronique dans les plus brefs délais. Un modèle plausible de transposition en droit français (B) comme en droit allemand (A) est-il pour autant envisageable ?

A) Dans les sociétés de droit allemand dont toutes les actions revêtent la forme nominative

311. La possibilité pour les sociétés dont toutes les actions revêtent la forme nominative de convoquer une assemblée générale extraordinaire dans des délais plus courts, à J-15 par exemple au lieu de J-30, s'intègre aisément au § 123 I AktG⁷³¹. Elle ne nécessiterait pas de remettre en question la date d'enregistrement de J-21 si confortable aux instituts financiers comme aux sociétés allemandes émettant des actions au porteur. La date limite légale de J-6 d'inscription à l'assemblée, prévue au § 121 II AktG, et que les statuts peuvent rapprocher de l'assemblée, ne nécessite pas de modification. Les délais de publication de la convocation sur le site internet de la société (§ 124 a AktG) ainsi qu'au Bundesanzeiger (§121 IV et IV a AktG) n'ont pas besoin d'être modifiés, étant alignés (grâce à des adverbes de temps⁷³²) sur la date de convocation. Rappelons que les actionnaires au nominatif inscrits au registre jusqu'à J-14 reçoivent déjà une convocation (§ 125 II AktG). Une simple phrase au § 125 I AktG permettrait d'autoriser la convocation des associations d'actionnaires dans des délais plus courts que J-21. Une adaptation du § 128 AktG n'est pas nécessaire, son champ d'application se limitant à la communication entre les établissements financiers et les actionnaires au porteur, exclus en l'occurrence de l'hypothèse étudiée.

⁷³¹ V. Annexe, « Proposition de révisions législatives », p. 501.

⁷³² V. *supra*, « La publication des convocations », § 277.

B) Dans les sociétés de droit français dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé

312. Comme évoqué précédemment, la transposition de la mesure européenne ne pourrait se concentrer en France que sur les sociétés cotées. Pour que la transposition ait un intérêt, il est nécessaire d'introduire la possibilité de raccourcir les délais de convocation jusqu'à J-15 au plus tard, sans remettre la dualité des avis en cause. Les principales difficultés à surmonter résident dans la « synchronisation » de ce délai avec ceux de publication et de communication de la convocation, ainsi qu'avec les délais d'envoi des demandes d'adjonctions à l'ordre du jour.

Le droit français est déjà doté d'un dispositif juridique permettant de répondre de manière acceptable à ces défis. Ce dispositif tourne autour de l'article L. 233-32 C. com. relatif à la convocation de l'assemblée en période d'OPA⁷³³. La mesure étudiée pourrait ainsi aisément être calquée sur cette procédure de convocation accélérée. Il suffirait d'insérer un simple alinéa servant de point référence, par exemple à l'article R. 225-62 C. com.⁷³⁴. Cet article, fixant ce qui relève du droit impératif ou de la liberté statutaire en matière de convocation à l'assemblée générale, est prédestiné à contenir une disposition qui autoriserait l'assemblée générale à adopter un cadre juridique particulier pour la convocation d'assemblées générales extraordinaires. Cet article « de référence », à l'instar de l'article L. 233-32 C. com., s'intégrerait de manière cohérente dans la partie réglementaire du Code de commerce sans inutilement l'alourdir. Cette section du code étant destinée, de par sa complexité, à la lecture avisée de juristes d'entreprise spécialisés, son amendement ne saurait entraver sa bonne application.

313. Sur le modèle précité, la date limite de publication de l'avis de réunion au BALO, normalement à J-35 (art. R. 225-73 C. com.), ainsi que la date limite la publication des informations sur le site internet de la société, normalement à J-21 (art. R. 225-73-1 C. com.), seraient alors ramenées à J-15. La directive prévoyait elle-même une réduction des délais de publication sur le site internet de la société dans l'hypothèse étudiée (art. 5 § 3 al. 3 dir. « actionnaires ») Ensuite, « le délai entre la date soit de l'insertion ou de la dernière des insertions contenant un avis de convocation, soit de l'envoi des lettres, soit de la transmission de la convocation par télécommunication électronique, et la date de l'assemblée » (art.

⁷³³ V. Glossaire, « En période d'OPA », § 693.

⁷³⁴ V. Annexe, « Proposition de révisions législatives et réglementaires », p. 497.

R. 225-69 C. com.), serait « au moins de six jours sur première convocation et de quatre jours sur convocation suivante ». Quant aux demandes d'inscription de points ou de projets de résolution à l'ordre du jour, elles « devraient parvenir à la société au plus tard le dixième jour avant l'assemblée » (art. R. 225-73 II C. com.)⁷³⁵.

Conclusion intermédiaire

314. Pour ce qui a trait aux termes imposés à la société, le droit allemand ne dispose pas clairement, contrairement au droit français, de délais spécifiques à la voie électronique. Ceux évoqués ne sont qu'accessoires, ils ne font que suivre les délais connus applicables à la publication et la transmission classique de la convocation.

Les obligations d'ordre temporel auxquelles les sociétés par actions sont soumises sont avant tout des termes, c'est-à-dire une date d'échéance d'un délai, délai courant généralement à rebours du jour de l'assemblée .

SECTION 2 - LES TERMES ET DELAIS DE COMMUNICATION IMPOSES AUX ACTIONNAIRES

315. La pluralité des droits politiques des actionnaires impose une organisation relativement lourde reposant sur un calendrier précis. Les actionnaires doivent être informés des termes et délais pour l'exercice régulier de leurs droits, et ce quand bien même ce calendrier est largement fixé par la loi ou le règlement. Ce cadre juridique impératif est un compromis protecteur tant des actionnaires que de la société. Les actionnaires doivent en effet disposer de suffisamment de temps pour exercer leurs droits, tandis qu'il ne peut être exigé de l'équipe administrative de la société un traitement instantané de leurs requêtes et injonctions. La voie électronique supprime, d'un côté, les délais de transmission, et permet dans certaines hypothèses, de l'autre côté, un traitement informatisé des informations à transmettre. Dans de rares cas liés à des dispositions supplétives relatives à la voie électronique, et notamment au vote électronique, le temps accordé pour l'exercice d'un droit de l'actionnaire pourra en partie

⁷³⁵ *Ibidem.*

être fixé par les statuts ou par la société dans le cadre de son pouvoir d'organisation de l'assemblée générale.

Afin d'étudier le régime juridique du temps accordé aux actionnaires pour l'exercice de leurs droits, il faut s'arrêter, d'une part, sur les termes et délais appliqués aux communications électroniques écrites (§ 1) et, d'autre part, sur la période de transmission des formulaires et bulletins de vote à distance (§ 2).

§ 1 - Les termes et délais appliqués aux communications électroniques écrites

316. Quatre droits particuliers de l'actionnaire envers la société par voie électronique des formalités font l'objet de termes et délais distincts. Le temps accordé à l'actionnaire pour la transmission de son accord ou refus d'être informé par voie électronique (I), pour l'envoi des questions écrites en préparation de l'assemblée générale (II), comme des demandes d'adjonction de points ou de projet de résolution à l'ordre du jour (III), sont clairement définis. Quant aux termes et délais appliqués à l'inscription à l'assemblée, ils dépendent de la date d'enregistrement (*record date*) qui, elle-même, est fonction de la capacité technique à traiter et acter le transfert de propriété des actions (IV).

I - L'accord et son retrait pour la communication par voie électronique

317. Le respect ou non des délais réglementaires détermine la forme et les modalités d'envoi des convocations et autres informations aux actionnaires. Contrairement au droit allemand reposant moins explicitement sur l'accord de l'actionnaire en matière de convocation électronique à l'assemblée générale, le droit français fixe tant la date limite de communication de l'accord à la société (A), que la date limite pour retirer cet accord (B).

A) La date limite de communication de l'accord

318. Point intéressant ressortant du décret de novembre 2011 précité⁷³⁶, l'article R. 225-63 C. com. modifié prend la peine de rappeler qu'en absence d'accord de l'actionnaire d'être informé par voie électronique, la société doit recourir à la voie postale pour convoquer ses actionnaires au nominatif. Une telle précision du pouvoir réglementaire serait en effet inutile

⁷³⁶ V. *supra*, « L'accord de l'actionnaire », § 237.

si elle n'était enrichie d'une autre donnée⁷³⁷, une information en l'occurrence d'ordre temporel. Le deuxième alinéa de l'article pose ainsi l'hypothèse de « l'absence d'accord de l'actionnaire, au plus tard trente cinq [sic] jours avant la date de la prochaine assemblée générale ». Cet alinéa 2 relatif à l'absence d'accord fait référence aux formalités des articles R. 225-67, R. 225-68, R. 225-72, R. 225-74, R. 225-88 et R. 236-3 C. com. Il a donc exactement le même champ d'application que l'alinéa 1^{er} relatif à l'accord. Or il apparaît qu'il soit mis de manière maladroite et à vrai dire parfaitement contre-productive en relation avec les articles R. 225-67 et -68 C. com. objets de cette étude et relatifs à la transmission directe de la convocation à l'actionnaire. Quelle est donc la signification de ce nouveau délai de 35 jours ?

319. La société doit transmettre un avis de convocation à ses actionnaires au nominatifs, que la société soit (art. R. 225-67 C. com.) ou non (art. R. 225-68 C. com.) uniquement émettrice d'actions nominatives. Dans le cadre de cette obligation, la société peut proposer à ses actionnaires l'envoi de la convocation par voie électronique, afin d'alléger ses charges ou pour toute autre raison. Si l'actionnaire donne son accord au plus tard à J-35, aucun problème ne se pose, l'envoi sera électronique. En l'absence d'accord à J-35, « la société a recours à l'envoi postal » (art. R. 225-63 al. 2 C. com.). Inutile de rappeler que le présent de l'indicatif légal a valeur d'impératif : aussi faut-il lire qu'en l'absence d'accord à J-35, la société doit avoir recours à la voie postale. Cela s'oppose à l'esprit du texte en ce que l'initiative du choix de l'envoi électronique revient à la société. Il appartient à la société de proposer cette voie à ses actionnaires selon une procédure équilibrée requérant l'accord de l'actionnaire. Entre J-35 et J-15, date limite d'envoi des convocations (art. R. 225-69 C. com.), il y a 20 jours. La lettre du nouvel alinéa interdit – certainement sans même en avoir conscience – que l'accord parvenant dans ces 20 jours soit pris en considération par la société.

L'avantage de la voie électronique est l'immédiateté. L'immédiateté peut servir à réduire des délais, mais ne saurait en aucun cas justifier leur allongement. La lettre du texte est contraire à son esprit. L'objet du décret introduisant l'alinéa 2 de l'article R. 225-63 C. com. est d'empêcher que l'accord tardif puisse être opposé à la société. Le décret protège la société, mais il pèche par trop de soin. En l'absence d'accord à J-35, la société peut certes recourir à la voie postale. Elle ne sera en effet pas obligée de prendre en considération un

⁷³⁷ Nous savons que la société doit demander et obtenir l'accord de l'actionnaire pour pouvoir se libérer de la voie postale et être autorisée à utiliser la voie électronique. En conséquence, l'absence d'accord ne libère pas la société, qui doit logiquement avoir recours à l'envoi postal.

accord tardif de l'actionnaire. Si l'accord parvient à la société entre J-35 et J-15, la société doit pourtant avoir le choix d'en rester à l'envoi postal ou d'accepter l'accord – qu'elle a elle-même demandé à ses actionnaires – de recourir à la voie électronique.

Il est vivement conseillé de supprimer de l'article R. 225-63 al. 2 C. com. (relatif à l'absence d'accord) la référence aux articles R. 225-67 et -68 C. com. Dans l'attente, une interprétation téléologique du texte sera privilégiée à une interprétation littérale contraire à l'évolution du droit face aux nouvelles technologies.

320. Cette formulation a une seconde signification, qui prend tout son sens au vu de l'article R. 225-72 C. com. relatif au droit des actionnaires de sociétés non cotées d'inscrire des points ou des projets de résolution à l'ordre du jour de l'assemblée.

L'on sait que la date J-35 est aussi et surtout celle de la publication au BALO de l'avis de réunion pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou qui ne sont pas toutes nominatives. L'on sait encore que la dualité des avis relatifs à la convocation a pour fonction première de permettre aux actionnaires d'inscrire des points ou des projets de résolution à l'ordre du jour d'une assemblée. C'est donc tout particulièrement en rapport avec l'article R. 225-72 C. com. qu'il faut lire la nouvelle rédaction de l'article R. 225-63 C. com. Ce dernier cite en effet l'article R. 225-72 C. com. dans sa liste des articles autorisant explicitement la communication électronique, dans différents domaines, entre la société et l'actionnaire.

L'article R. 225-72 C. com. règle certaines questions relatives à l'inscription de points ou de projets par les actionnaires au nominatif de sociétés qui ne sont pas admises sur un marché réglementé⁷³⁸. Ces sociétés sont libérées de l'obligation de publication d'avis de réunion 35 jours avant l'assemblée. Or sans avis de réunion, les actionnaires ne prennent connaissance de l'ordre du jour qu'avec l'avis de convocation pouvant être envoyé jusqu'à J-15. Pour permettre aux actionnaires d'inscrire des points ou projets à l'ordre du jour jusqu'à J-25, l'article R. 225-72 C. com. les autorise à demander à être prévenus personnellement de

⁷³⁸ Rappelons qu'avant le décret du 19 mai 2009 (art. 3 en l'occurrence) et la réforme du vocabulaire juridique, l'article 129 du décret de 1967, puis l'article R. 225-72 C. com., s'adressaient aux actionnaires des sociétés « ne faisant pas publiquement appel à l'épargne ». L'on sait que ces sociétés sont uniquement constituées d'actions nominatives. Or si les sociétés non cotées doivent être des sociétés dont toutes les actions sont nominatives, la réciproque n'est pas vraie : les sociétés dont toutes les actions sont nominatives peuvent être présentes sur un marché réglementé. Pour que l'article R. 225-72 conserve le même champ d'application malgré la modification du vocabulaire, à savoir les actionnaires au nominatif de sociétés non cotées, mais en ne citant dans son 1^{er} alinéa que les « sociétés dont toutes les actions revêtent la forme nominative », le décret de 2009 lui flanque un alinéa 3 disposant que « les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé »...

la tenue des assemblées à venir. Cet avis peut être transmis, selon l'article précité, par « lettre recommandée ou un moyen électronique de communication mis en œuvre dans les conditions mentionnées à l'article R. 225-63 »⁷³⁹. Si la société souhaite transmettre l'avis par voie électronique, elle doit donc suivre la procédure étudiée ici-même. Ironie de la situation, la première version de ce règlement d'application (anc. art. 129 du décret de 1967) imposait à la société d'aviser l'actionnaire en ayant fait la demande de la date prévue pour l'assemblée « trente-cinq jours au moins avant cette date ». La date de J-35 fut retenue à l'article R-225-72 C. com. jusqu'au décret du 5 mai 2002 d'application de la loi NRE où elle disparut. Ce détail fut littéralement étouffé par une nouvelle rédaction, intégrant notamment la possibilité du recours à la voie électronique.

Malgré sa formulation malheureuse, le nouvel alinéa 2 de l'article R. 225-63 C. com. avec sa date butoir de J-35 doit être accueilli avec enthousiasme : il protège le droit des actionnaires des sociétés non cotées à s'engager dans la rédaction de l'ordre du jour⁷⁴⁰.

B) Le retrait de l'accord

321. Le régime juridique de la convocation à l'assemblée ne saurait souffrir de telles approximations. Le décret du 9 novembre 2011 répond à certaines inquiétudes soulevées sous

⁷³⁹ Notons que le versement par l'actionnaire du montant des frais d'envoi à la société peut être légitimement interprété comme le refus explicite de recevoir l'avis par voie électronique. Pour autant, la bienséance conseillerait que la société informe l'actionnaire que cet envoi peut se faire gratuitement par voie électronique, et attendre son accord jusqu'à J-35. *A contrario*, l'absence de paiement à l'avance ne saurait être interprété comme un accord de l'actionnaire, à moins qu'un échange (postal ou électronique) entre l'actionnaire et la société ne prévoit explicitement le contraire. En effet, « la société est tenue d'envoyer cet avis, si l'actionnaire lui a adressé le montant des frais d'envoi » (art. R. 225-72 C. com.) – à comprendre par « si et seulement si ». Il est alors parfaitement imaginable que la société non cotée fasse parvenir à ses actionnaires – notamment ceux légalement qualifiés pour proposer l'inscription de points ou de projets à l'ordre du jour – une lettre accompagnée des informations nécessaires au paiement par chèque, ou accompagnée d'un lien vers un site internet de paiement leur permettant de verser à l'avance le montant des frais postaux. Dans cette hypothèse, elle peut informer que l'absence de versement de ce montant vaut accord de l'actionnaire d'être contacté par voie électronique, lorsque ce dernier a exprimé le souhait d'être avisé de la tenue d'une assemblée.

⁷⁴⁰ Pour récapituler, face à la demande d'un actionnaire au nominatif d'être avisé de la tenue d'une assemblée, la société non cotée peut demander s'il accepte que l'envoi ait lieu par voie électronique. Si la société n'obtient pas l'accord de l'actionnaire au 35^e jour pré-assemblée, l'avis doit être envoyé par voie postale (art. R. 225-63 al. 2 C. com.), en l'occurrence par lettre recommandée, aux frais de l'actionnaire (art. R. 225-72 al. 1^{er} C. com.). L'avis devra alors être envoyé sans délais, afin de permettre à l'actionnaire intéressé de faire parvenir sa demande d'inscription de points ou projets de résolution à l'ordre du jour dans les courts délais impartis, au plus tard à J-25 (art. R. 225-72 al. 2 C. com.). En ce sens, le décret interprète l'absence d'accord comme un refus explicite de l'actionnaire. L'hypothèse de l'accord tardif de l'actionnaire n'est pas évoquée dans le décret, puisqu'il compliquerait inutilement la procédure, mais elle serait pourtant intéressante. L'envoi électronique en réponse à un accord arrivé tardivement peut parfaitement arriver à l'actionnaire plus tôt que la lettre envoyée par voie postale à J-35, notamment si l'actionnaire est un résident étranger. Aussi faut-il considérer, une fois encore, que l'impératif posé à l'alinéa 2 de l'article R. 225-63 C. com. doit être interprété de manière souple. En l'absence de réponse de l'actionnaire à J-35, la société doit immédiatement envoyer l'avis par voie postale. Mais si, passé ce délai, elle reçoit l'accord de l'actionnaire ayant auparavant requis d'être avisé, elle devrait de plus lui faire parvenir l'avis par voie électronique, afin de faciliter les démarches de l'actionnaire en les accélérant.

le régime précédant⁷⁴¹, mais ne manque pas d'en soulever d'autres. Désormais, l'article R. 225-63 al. 3 C. com. dispose que « les actionnaires qui ont consenti à l'utilisation de la voie électronique peuvent demander le retour à un envoi postal trente cinq [sic] jours au moins avant la date de l'insertion de l'avis de convocation mentionné à l'article R. 225-67 »⁷⁴².

Pourquoi retenir la date d'insertion de l'avis de convocation en citant l'article R. 225-67 ? Pourquoi retenir comme point de référence pour le retour à la voie postale la date d'insertion de l'avis de convocation et non la date de l'assemblée, comme c'est le cas pour la transmission de l'accord ? Ne serait-il pas plus opportun de citer soit la date de l'insertion de l'avis de convocation mentionné à l'article R. 225-66, soit la date de l'insertion de l'avis mentionnée à l'article R. 225-69, voire même de supprimer tout renvoi qui ne fait qu'alourdir inutilement le texte ? La nouvelle référence à la date d'insertion de l'avis de convocation n'est pas naturelle. On la confrontera donc premièrement au délai retenu au second alinéa du même article relatif à l'absence d'accord⁷⁴³. Après avoir constaté que ces deux délais sont pensés de manière distincte, nous tenterons d'expliquer ce choix.

322. L'hypothèse de l'absence d'accord soulevée à l'article R. 225-63 al. 2 et l'hypothèse du retrait de l'accord de l'alinéa 3 du même article ont une fonction identique : permettre à la société de pourvoir à ses obligations légales, réglementaires, statutaires et conventionnelles en cas de refus explicite ou tacite de l'actionnaire de communiquer avec elle par voie électronique. L'absence d'accord (al. 2) et le retrait de l'accord (al. 3) ont sur ce point le

⁷⁴¹ Sous le régime du premier décret d'application de la loi NRE de 2001, l'actionnaire était autorisé à demander « à tout moment », à ce que l'envoi par télécommunication « soit remplacé à l'avenir par un envoi postal ». La juxtaposition des expressions « à tout moment » et « à l'avenir » est surprenante, dans un droit si technique et agencé, un droit si cérémonieux que celui relatif à la convocation de l'assemblée. « À tout moment » autorise en théorie la résiliation de l'envoi électronique un jour après la date limite de l'envoi des convocations. Parallèlement, « à l'avenir » peut être compris par « la prochaine fois », c'est-à-dire pour la prochaine assemblée. Or si l'on se situe six mois avant une assemblée générale, il paraît clair qu'« à l'avenir » fait référence à cette assemblée. Si l'on se situe en revanche deux jours avant l'assemblée, il semble évident qu'« à l'avenir » désigne uniquement les assemblées suivantes, puisque l'envoi postal de la convocation dans un si court délai est insensé.

⁷⁴² Cet alinéa s'applique-t-il uniquement en relation avec l'article R. 225-67 ? Il faut penser que non, l'ancien article, qui ne comportait aucune référence du genre, avait vocation à régler le retrait de l'accord de l'actionnaire dans l'ensemble des situations envisagées dans la liste de l'alinéa 1^{er} de l'article R. 225-63 C. com. Bien que l'alinéa 3 ne cite qu'un article de la liste des alinéas 1^{er} et 2nd, leur champ d'application est identique. L'alinéa 3 régleme bien la procédure relative au retrait par l'actionnaire quant à son accord donné préalablement dans l'ensemble des procédures des articles R. 225-67, -68, -72, -74, -88 et R. 236-3 C. com. Au demeurant, l'alinéa en question ne cite que l'avis de convocation « mentionné à l'article R. 225-67 ». Choix surprenant, puisque le régime juridique de l'avis de convocation commence à l'article R. 225-66 C. com., dans lequel l'avis est défini – par opposition à l'article R. 225-73 C. com. régissant l'avis de réunion. De plus, l'alinéa 3 fait en réalité référence à la date insertion de l'avis de convocation, date qui, elle, est mentionnée à l'article R. 225-69 C. com.

⁷⁴³ V. *supra*, « La date limite de communication de l'accord », § 318.

même effet juridique : la société doit envoyer la convocation à l'actionnaire au nominatif par voie postale et non – ou non plus – par voie électronique. Le décret de novembre 2011 pose deux délais différents : deux délais expirant 35 jours avant un événement, l'événement désigné n'étant pas le même dans les deux cas. Comme évoqué plus haut, l'absence d'accord de l'actionnaire emporte ses effets le 35^e jour avant l'assemblée : au 35^e jour précédant l'assemblée sans accord de l'actionnaire, la société enverra sans délais la convocation par voie postale. Lorsque l'actionnaire exprime le souhait de revenir à la voie postale pour être contacté par la société, la date limite est le 35^e jour avant la date d'insertion de l'avis de convocation mentionné à l'article R. 225-67 C. com. La date d'insertion dans le journal habilité et au BALO est aussi *a priori* celle de la transmission de la convocation aux actionnaires au nominatif. Or cette date est inconnue de l'actionnaire. L'on sait seulement qu'elle se situera au plus tard 15 jours avant l'assemblée (J-15), date limite d'insertion de l'avis de convocation (art. R. 225-69 C. com.). Si l'avis est inséré au dernier moment, à J-15, le retrait de l'accord sera ainsi pris en compte s'il parvient à la société avant J-50. Mais si l'avis est inséré un mois (J-30) avant l'assemblée, le retrait de l'accord ne sera pris en compte que s'il parvient à la société avant J-65. Il faut en effet bien comprendre que la société n'est plus obligée d'attendre l'accord de l'actionnaire à J-35, donc que l'actionnaire peut envoyer son accord sereinement jusqu'à J-35, mais qu'il ne peut se rétracter dans le meilleur des cas qu'avant J-50. L'actionnaire peut donner son avis plus tard qu'il ne peut le reprendre. Le règlement considère ainsi l'hypothèse de l'absence d'accord et celle du retrait de l'accord de manière radicalement distincte. Est-ce une manière d'encourager la voie électronique ? Une manière de dire que l'accord est plus important que le retrait de l'accord, que les actionnaires changeant d'avis doivent accepter d'être traités plus strictement, car ils compliquent la procédure de convocation ⁷⁴⁴ ?

⁷⁴⁴ L'explication la plus probable est que ce délai est un cadeau fait aux sociétés afin de simplifier la préparation de l'assemblée. Sous l'ancien régime, l'actionnaire pouvait reprendre son accord « à tout moment ». Il ne peut le faire aujourd'hui que 35 jours avant une insertion au BALO dont il n'a aucun moyen de connaître la date. C'est donc un recul dans les droits des actionnaires, que même le droit de la société à s'exempter de l'obligation de publication de la convocation ne justifie pas. Ce serait d'ailleurs la seule explication sensée au renvoi de l'article R. 225-63 al. 3 C. com. à l'article R. 225-67 C. com. En effet, l'avantage de la convocation directe des actionnaires d'une société dont toutes les actions sont nominatives est justement de se libérer de l'obligation d'insérer la convocation dans un journal habilité et au BALO (art. R. 225-67 C. com.), à la condition que tous les actionnaires soient convoqués personnellement. Or la société peut se libérer de cette obligation jusqu'à J-15, dernier délai pour la publication. Pourquoi devrait-elle être autorisée à refuser les demandes de retour à l'envoi postal dès J-50 ? Ce droit ne peut donc justifier le choix de prendre comme point de référence le jour de publication de l'avis de convocation. Aucune des procédures des autres articles énumérées aux alinéas 1^{er} et 2nd de l'article R. 225-63 C. com. ne donnent d'arguments susceptibles de justifier ce choix.

323. Pourquoi ne pas simplement retenir J-35 ? L'actionnaire saurait ainsi clairement jusqu'à quand il peut revenir sur son choix. Il existerait une unique date pour le maintien ou pour le retour à la voie postale. Pourquoi, sinon, ne pas retenir comme date de référence la date de transmission de la convocation ? À partir du moment où l'actionnaire reçoit sa convocation par voie électronique, il ne pourrait plus exiger un envoi postal pour cette assemblée – à moins, éventuellement, d'en supporter le coût, et si la société se prête à la volonté de l'actionnaire. Le principe serait clair, logique et juste. La société n'aurait pas besoin de s'expliquer plus longuement et de se mettre à dos ses actionnaires en invoquant un alinéa 3 de l'article R. 225-63 du Code de commerce qu'elle ne saurait justifier.

II - La date limite d'envoi des questions écrites

324. En 2005, le rapport Mansion de l'AMF préconisait l'adoption d'un délai de réception des questions écrites d'au moins cinq jours calendaires avant l'assemblée, tout en reconnaissant qu'il ne pourrait être beaucoup plus long, « car le délai utile pour le droit de poser des questions serait alors trop restreint »⁷⁴⁵. Le régime en vigueur ne prévoyait alors aucune date limite de réception des questions⁷⁴⁶. L'ANSA conseillait quant à elle un délai de sept jours. Le délai prévu par le décret du 11 décembre 2006, aujourd'hui à l'article R. 225-84 al. 1^{er} C. com., est « au plus tard le quatrième jour ouvré précédant la date de l'assemblée générale ». Cette mesure, pour certains un « indéniable progrès par rapport à la situation précédente »⁷⁴⁷, est une simple dispense pour la société de l'obligation de répondre aux questions lui parvenant durant ces (au moins) quatre jours. Le rapport Lafarge de l'AMF sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées de 2012 invite les actionnaires à envoyer leurs questions le plus tôt possible, de manière à ce qu'elles soient inscrites à l'ordre du jour d'une réunion du conseil préalable à l'assemblée⁷⁴⁸. Cette recommandation est de bon sens. Toutefois, l'ordre du jour du conseil ne pourra être fixé de manière précise qu'à la date butoir de J-4, puisque le règlement impose à la société d'accepter les questions lui parvenant jusqu'à cette date. *A priori*, ces questions tardives ne pourront plus être posées que durant les débats en séance, où l'actionnaire devra requérir et se voir attribuer la parole. Pour autant, la société est bien sûr libre de répondre à ces questions « tardives ». D'un point de vue

⁷⁴⁵ AMF, *Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France*, Rapport Y. MANSION (dir.), 06.09.2005, p. 33.

⁷⁴⁶ A. LIENHARD, « Toilettage du décret sur les sociétés commerciales », *D.* 2007, p. 4.

⁷⁴⁷ ANSA, « Présentation du décret du 11 novembre 2006 », n° 07-002, 03-2007, p. 11.

⁷⁴⁸ AMF, *loc. cit.* note 709.

stratégique, ces questions tardives sont un avantage pour les dirigeants, car elles permettent de prendre plus précisément le pouls de l'actionnariat sans avoir à se prononcer, et d'ensuite tenter de désamorcer tout conflit en début de séance.

325. Les deux rapports et le règlement retiennent donc une date butoir de réception des questions. La mesure a en effet vocation à libérer la société afin qu'elle puisse s'organiser, trier, regrouper les questions et les réponses. Une date limite de réception est en effet avantageuse pour la société qui, à l'arrivée du terme, pourra pleinement vaquer à ses devoirs. Cette solution est acceptable car elle s'accorde sans réelle difficulté avec les modalités d'envoi des questions. La date de réception d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception est justement assurée par la date de signature dudit avis, dont le service postal est garant.

La preuve de la date de réception d'un message électronique est moins évidente. Sauf réception d'un rapport d'erreur, l'actionnaire est fondé à supposer que la société a reçu son message dans les minutes suivant l'envoi⁷⁴⁹. Il est nécessaire que le message de l'actionnaire soit intitulé de manière à ce qu'il n'y ait aucun doute sur le fait qu'il comporte une question à laquelle il est attendu une réponse de la part des dirigeants et non simplement du « service relations actionnaires »⁷⁵⁰. Le décret ne contraint pas la société à accuser réception des questions écrites envoyées par la voie électronique. Le fait qu'il le fasse dans d'autres situations prouve que l'accusé de réception électronique est parfaitement pertinent, techniquement comme juridiquement⁷⁵¹. Il y a donc une certaine asymétrie entre la procédure électronique et la procédure postale, qui nécessite un accusé de réception dans l'intérêt des deux parties. Cette différence rappelle que le droit assimile « instinctivement », en matière de communication électronique, l'envoi à la réception.

⁷⁴⁹ La bienséance invite la société à accuser réception des messages reçus, ne serait-ce que de manière automatique. Il est d'usage que les messages électroniques fassent l'objet d'une réponse automatisée, avant d'être traités individuellement par les services compétents.

⁷⁵⁰ Cette question doit *a priori* concerner l'ordre du jour, comme le veut la directive « actionnaires ». Il n'est pas cependant requis de préciser que la question est posée en application de l'article R. 225-84 C. com. La clarté de l'objet du message est d'autant plus importante que, contrairement à la lettre RAR, le message électronique ne semble pas devoir être explicitement adressé au président du conseil d'administration ou du directoire. Chaque message parvenu avant l'arrivée du terme oblige la société, à laquelle il incombe, à défaut d'adresse électronique spécifique, de trier les questions entre celles qui interpellent le conseil ou le directoire sur l'ordre du jour de l'assemblée et les autres (plaintes, encouragements, d'ordre organisationnel ou commercial).

⁷⁵¹ L'article R. 225-74 al. 1^{er} C. com. prévoit en effet que l'accusé de réception des demandes d'adjonction à l'ordre du jour peut être envoyé, avec l'accord de l'actionnaire, par voie électronique.

326. Le droit allemand ne prévoit pas explicitement de date limite de réception des questions. Il est parfaitement envisageable que les questions écrites ne soient plus prises en compte une fois un certain délai passé. Le cas échéant, la convocation, voire les statuts, en informe clairement les actionnaires. Rappelons avant tout que les sociétés ne sont libérées de l'obligation de répondre en séance que si une réponse est publiée durant les huit jours précédant l'assemblée. C'est donc cette date qu'il faut retenir en principe. Plusieurs arguments parlent en faveur d'une date limite de réception des questions écrites. Premièrement, le directoire doit disposer de suffisamment de temps pour préparer ses réponses. Les questions écrites font foi des inquiétudes de l'actionnariat dans son ensemble, des petits porteurs en particulier. Elles dirigent ainsi le directoire dans ses préparations. Deuxièmement, les questions « tardives » ne sont pas perdues pour autant et peuvent toujours être posées en séance par l'actionnaire ou son représentant.

III - Les délais d'envoi ou de réception des demandes d'adjonction

327. Si le droit allemand ne définit pas toujours clairement s'il impose une date limite d'envoi ou une date limite de réception des demandes d'adjonction à l'ordre du jour (A), le droit français se prononce explicitement et n'hésite pas à faire évoluer ses positions sur le sujet (B).

A) Les dates limites de réception de droit allemand

328. Le § 122 II 3 AktG énonce que la demande d'ajout de points ou de projets de résolution à l'ordre du jour (*Ergänzungsverlangen*) doit parvenir à la société au moins 24 jours avant l'assemblée, et au moins 30 jours dans les sociétés cotées. Les demandes peuvent être envoyées à la société avant ou après la convocation⁷⁵². En toute hypothèse, la loi précise que le jour de la réception, à l'instar du jour de l'assemblée (cf. § 121 VII 1 AktG⁷⁵³), ne doit pas être comptabilisé. Il doit donc y avoir trente jours complets entre la date limite de réception et la date de l'assemblée. Rappelons que la date limite exacte de réception des demandes d'adjonction au sens du § 122 II AktG doit être précisée dans la convocation, et que le simple rappel de délais n'est pas acceptable, notamment vis-à-vis des actionnaires non

⁷⁵² D. KUBIS, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 122 AktG », § 30.

⁷⁵³ V. Glossaire, « Termes et délais », § 701.

résidents dont on ne peut attendre qu'ils se familiarisent avec les méthodes légales de calcul (§ 121 III 3 n° 3 AktG)⁷⁵⁴.

329. Les contre-propositions des actionnaires (*Gegenanträge*) ne peuvent être formulées qu'en réponse à l'ordre du jour des dirigeants. Bien que cette procédure ait lieu dans des délais assez courts et que la loi retienne la notion d'envoi (*Übersendung*), la doctrine considère d'une voix⁷⁵⁵ qu'il est question d'une date limite de réception. Cette date est évidemment posée plus tard que pour les demandes d'adjonction : les propositions doivent alors parvenir à l'adresse indiquée à cette fin dans la convocation au moins 14 jours avant l'assemblée⁷⁵⁶.

B) Des délais d'envoi aux délais de réception de droit français

330. Les délais d'envoi ou de réception des demandes d'adjonction à l'ordre du jour doivent être étudiés précisément. Ils constituent un indicateur intéressant à plusieurs titres. D'une part, nous verrons que le fait de retenir une date limite d'envoi dans les sociétés non cotées (1) ou une date limite de réception dans les sociétés cotées (2) des demandes d'adjonction reflète l'importance des enjeux liés à l'exercice de ce droit. D'autre part, plus les délais sont courts, notamment en période d'OPA, plus la voix électronique est *a priori* favorisée (3).

1. Une date limite d'envoi dans les sociétés non cotées

331. Dans les sociétés dont les actions sont toutes nominatives et non cotées les demandes d'adjonction « sont envoyées vingt-cinq jours au moins avant la date de l'assemblée réunie

⁷⁵⁴ Cf. RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 28.

⁷⁵⁵ D. Kubis (*op. cit.* note 752, « § 126 AktG », § 22) évoque hardiment une application par analogie du § 130 BGB, disposant qu'une manifestation de volonté émise en l'absence de son destinataire n'est effective qu'au jour de la réception par ce dernier ; F. DRINHAUSEN, in W. HÖLTERS, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2014, « § 126 AktG », § 9 ; U. HÜFFER, *Aktiengesetz*, C.H. Beck, 11^e éd., 2014, « § 126 AktG », § 5 ; U. NOACK, « Das neue Recht der Gegenanträge nach § 126 AktG », *BB*, 2003, p. 1394 ; J. PLUTA, in T. HEIDEL, *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*, 4^e éd., 2014, « § 126 AktG », § 20 ; G. REGER, in T. BÜRGERS, T. KÖRBER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2011, « § 126 AktG », § 10, p. 1027 ; O. RIECKERS, in G. SPINDLER, E. STILZ, *Kommentar zum Aktiengesetz*, 2010, « § 126 AktG », § 18 ; Seule H. Ziemons (K. SCHMIDT, M. LUTTER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2010, « § 126 AktG », § 17, p. 1722) relève l'incohérence pour toutefois se rattacher aux autres commentateurs.

⁷⁵⁶ Avant la TransPuG (19.07.2002, BGBl. I, p. 2681), le délai était d'une semaine après la publication de la convocation. De 2003 à l'ARUG de 2009, le délai passa à deux semaines, pour être aujourd'hui de 14 jours complets (le jour de l'AG ainsi que le dernier jour de réception étant exclus du décompte).

sur première convocation » (art. R. 225-72 al. 2 C. com.)⁷⁵⁷. Ni la date, ni cette formulation n'ont changé depuis 1967⁷⁵⁸. Il est surprenant que le décret retienne toujours une date limite d'envoi, et non une date limite de réception⁷⁵⁹. Dans l'absolu, un actionnaire résidant à plusieurs milliers de kilomètres du siège central détenant un pourcentage de capital suffisant pourrait envoyer par les services postaux une demande d'adjonction à J-26 et attendre de la société qu'elle en prenne compte. En l'absence de précision, il faut toutefois considérer que la lettre doit parvenir à la société avant J-15, date à laquelle la convocation comportant l'ordre du jour définitif doit être publiée au BALO ou transmise aux actionnaires. Mais les sociétés françaises en question, généralement plutôt de petite et moyenne taille, ont *a priori* un actionnariat majoritairement français ou européen, qui peut se fier à la rapidité des services postaux. La formulation en cause est clairement à l'avantage des actionnaires. Tant que sa révision n'est pas pleinement justifiée par des contraintes disproportionnées – notamment d'ordre organisationnel – à la charge des sociétés, il n'a pas lieu d'y procéder.

332. Les sociétés en question ne publient pas d'avis de réunion, mais un unique avis de convocation au plus tard à J-15 (art. R. 225-69 C. com.). Or la dualité des avis dont bénéficient les actionnaires des sociétés cotées, volontiers présentée comme une spécificité française, offre la possibilité aux actionnaires minoritaires de réagir à l'ordre du jour fixé par les dirigeants avec le consentement plus ou moins discret des actionnaires majoritaires. Deux constats s'imposent.

Premièrement, l'ordre du jour des sociétés non cotées et celui des sociétés cotées ne sont théoriquement pas amendés sur la même base. Dans les sociétés cotées, les demandes d'adjonction ne doivent certes pas, mais peuvent se fonder sur un texte. Elles peuvent réagir à l'absence de certains points ou projets de résolution. Dans les sociétés non cotées, les demandes d'adjonction peuvent inspirer les dirigeants dans la rédaction de l'ordre du jour non encore dévoilé.

⁷⁵⁷ Rappelons que de manière constante depuis le 1^{er} avril 1967, « l'ordre du jour de l'assemblée ne peut être modifié sur deuxième convocation », cf. art. 160 al. 3 (ab.) loi n° 66-537 du 24.07.1966 sur les sociétés commerciales, art. L-225-105 al. 4 C. com.

⁷⁵⁸ Cf. art. 129 (ab.) D. n°67-236 du 23.03.1967.

⁷⁵⁹ La tournure prise par cet alinéa est le résultat malheureux de nombreux amendements. On y retrouve l'héritage de l'article 129 du décret de mars 1967 qui indiquait, d'une part, que l'actionnaire peut demander à être avisé par lettre recommandée au plus tard à J-35 puis précisait, d'autre part, que « la société est tenue d'envoyer cet avis, si l'actionnaire lui a adressé le montant des frais d'envoi ». Le décret du 3 mai 2002 d'application de la NRE a ouvert la voie à l'avis électronique et, pour ne pas donner l'impression que ce service puisse être facturé à l'actionnaire, il a jugé nécessaire de répéter cette hypothèse. Il est évident que cette redondance n'a plus lieu d'être.

Deuxièmement, les actionnaires minoritaires doivent être informés de la tenue d'une assemblée pour pouvoir exercer leurs droits. La périodicité des assemblées générales ordinaires permet aux actionnaires de savoir seulement « à peu près » quand aura lieu la prochaine réunion. L'aléa des assemblées générales extraordinaires, qu'elles soient indépendantes ou dans le cadre d'une assemblée générale mixte, ne le permet pas. Aussi le règlement a-t-il prévu un mécanisme d'information des actionnaires. Le dispositif de l'article R. 225-72 al. 1^{er} C. com., déjà évoqué plus haut, énonce que « tout actionnaire [...] qui veut user de la faculté de requérir l'inscription de points ou de projets de résolution à l'ordre du jour d'une assemblée peut demander à la société de l'aviser [...] de la date prévue pour la réunion des assemblées ou de certaines d'entre elles ». La même phrase indique que l'information est envoyée « par lettre recommandée ou par un moyen électronique de télécommunication mis en œuvre dans les conditions mentionnées à l'article R. 225-63, à l'adresse indiquée par lui ». La seconde phrase du même alinéa précise enfin que « la société est tenue d'envoyer cet avis, si l'actionnaire lui a adressé le montant des frais d'envoi, ou de le lui adresser par un moyen électronique de télécommunication mis en œuvre dans les conditions mentionnées à l'article R. 225-63, à l'adresse indiquée par lui ».

Enfin, la relation entre les articles R. 225-72 et R. 225-63 C. com. ayant été étudiée plus haut, nous ne reviendrons pas sur les questions relatives à l'accord de l'actionnaire pour être contacté par voie électronique⁷⁶⁰.

2. Une date limite de réception dans les sociétés cotées

333. La procédure d'envoi de demandes d'adjonction dans les sociétés cotées a évolué parallèlement au droit financier. L'article 130 du décret du 23 mars 1967 retenait une date d'envoi des demandes d'inscription de résolution à l'ordre du jour. Cette date était liée à la date de publication de l'avis de réunion, qui ne pouvait avoir lieu moins de 30 jours avant l'assemblée. Les demandes d'adjonction devaient ainsi être envoyées « dans le délai de dix jours à compter de la publication de l'avis ». Notons que le décret de 1967 imposait déjà que ce délai soit indiqué dans l'avis de réunion.

334. Par décret du 11 décembre 2006⁷⁶¹, l'article 130 du décret de 1967 sur les sociétés commerciales fut remodelé, les délais d'envoi revisités. Les demandes d'adjonction devaient

⁷⁶⁰ La relation entre les articles R. 225-72 et -63 C. com. a été étudiée plus haut : v. *supra*, « La transmission par voie électronique – L'absence d'accord », § 318.

être envoyées après la publication de l'avis de réunion et jusqu'à 25 jours avant l'assemblée. Deux exceptions entouraient ce principe, l'une en cas de publication de l'avis de réunion avant J-45, l'autre en cas d'offre publique d'acquisition (L. 233-32 C. com.). Dans la première hypothèse, la demande d'adjonction devait être envoyée au plus tard 20 jours après la publication de l'avis de réunion. Dans la seconde hypothèse, l'envoi devait avoir lieu dans les 5 jours suivant la publication de l'avis.

335. Le décret du 23 décembre 2010⁷⁶² n'a pas seulement apporté au droit français la faculté de requérir l'inscription de point à l'ordre du jour. Il a aussi porté modification des délais d'envoi des demandes d'adjonction à l'ordre du jour des sociétés cotées. Il n'est plus question de date limite d'envoi, mais de date limite de réception. Ainsi, les demandes d'adjonction « doivent parvenir à la société au plus tard le vingt-cinquième jour qui précède la date de l'assemblée, sans pouvoir être adressées plus de vingt jours après la date de l'avis » de réunion, à savoir « trente-cinq jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale » (R. 225-73 II C. com.). La nouvelle formulation n'empêche pas que les demandes d'adjonction parviennent à la société avant la publication de l'avis de réunion.

3. En période d'OPA

336. Des demandes d'adjonction peuvent être envoyées en cas de convocation de l'assemblée dans les délais raccourcis du régime de l'article L. 233-32 C. com. relatifs aux OPA⁷⁶³. Pour rappel⁷⁶⁴, en période d'OPA, l'avis de réunion sur première convocation doit être publié au plus tard à J-15 (art. R. 225-73 I C. com.), l'avis de convocation au plus tard à J-6 (art. R. 225-69 C. com.). Les demandes d'adjonction doivent logiquement parvenir à la société entre ces deux dates, le décret du 23 novembre 2010 ayant fixé cette date limite de réception à J-10 – et non plus dans les cinq jours suivant la convocation. La décision de ne plus lier la date limite de réception des demandes d'adjonction à la date de la publication de l'avis de réunion, mais à la date de l'assemblée est clairement à l'avantage des actionnaires. Ce dispositif leur laisse potentiellement plus de temps. La convocation en période d'OPA

⁷⁶¹ Art. 29 n° 4 D. n° 2006-1666 du 11.12.2006, 12.11.2006, p. 18762.

⁷⁶² D. n° 2010-1619 du 23.12.2010 relatif aux droits des actionnaires de sociétés cotées, JORF 26.12.2010, p. 22701.

⁷⁶³ Si l'article L. 225-105 II C. com. exclut toute modification de l'ordre du jour sur deuxième convocation, ce n'est pas tant que le délai soit trop court. Il s'agit avant tout de ne pas tromper les actionnaires sur l'objet des débats et du vote.

⁷⁶⁴ V. Glossaire, « Calendrier en période d'OPA », § 693.

n'aura pas toujours lieu au dernier moment (J-15) et, avec une date limite fixée à J-10, le délai accordé sera souvent plus long que cinq jours.

IV - Délais d'inscription à l'assemblée et date d'enregistrement

337. Bien que les droits français (A) comme allemand (B) connaissent une inscription à l'assemblée générale et une date limite d'enregistrement (*record date*), ils régissent le droit de participer à l'assemblée de manières sensiblement différentes. La voie électronique accélère-t-elle les procédures d'inscription à l'assemblée générale ?

A) Droit français

338. La loi française confère à tout actionnaire le droit de participer aux assemblées générales extraordinaires et considère toute clause contraire comme non écrite (art. L. 225-113 C. com.). Si le droit des actionnaires de participer aux assemblées générales ordinaires découle de l'ensemble des dispositions légales du Code de commerce relatives à leur convocation et à l'exercice de leurs droits politiques, le règlement distingue plus précisément deux régimes de légitimation pour la participation à l'assemblée générale des actionnaires, selon que les titres de la société sont, d'un côté, admis aux négociations sur un marché réglementé ou aux opérations du depositaire central (2) ou, d'un autre côté, non admis à de telles négociations et opérations (1). Dans les deux cas, il est moins question d'inscription à l'assemblée que de légitimation de l'actionnaire à exercer un de ses droits en relation avec l'assemblée.

1. L'inscription dans les sociétés non cotées

339. Les sociétés dont les titres ne sont pas admis aux opérations d'un depositaire central ne peuvent émettre que des titres au nominatif (art. L. 211-7 II C. com.). La charge de la tenue du compte de titres nominatifs revient à société. Dans ces sociétés, l'article R. 225-86 C. com. confère le droit de participer aux assemblées générales aux actionnaires dont les titres sont inscrits en compte à leur nom au jour de l'assemblée. La preuve de la qualité d'actionnaire

n'est pas à la charge de ce dernier, mais découle simplement de la lecture par la société des lignes du compte de titres⁷⁶⁵.

Pour permettre à la société de mieux s'organiser, le règlement permet aux statuts de prévoir que la date d'enregistrement, la dite *record date*, c'est-à-dire le jour de référence pour la constatation de la qualité d'actionnaire (par la lecture de l'inscription en compte), sera avancée au deuxième jour ouvré à zéro heure (UTC/GMT +1, Paris) avant l'assemblée, comme cela est le cas pour les sociétés cotées ou assimilées. Cette mesure supplétive n'est qu'un trompe-l'œil. La liberté statutaire est confinée à une alternative prédéfinie (J ou J-2) ne laissant pas la moindre marge de manœuvre⁷⁶⁶. Le régime de l'inscription à l'assemblée d'une société non cotée est ainsi particulièrement simplifié mais n'est aucunement lié à la faculté de participer ou non par voie électronique.

2. La date d'enregistrement dans les sociétés cotées et assimilées

340. Le droit de participer à l'assemblée suppose l'inscription des titres au nom de l'actionnaire nominatif dans le compte de titres nominatifs tenus par la société, ou au nom de l'actionnaire au porteur dans les compte-titres tenus par des intermédiaires financiers pour les actionnaires au porteur. Au regard du temps moyen de possession des actions sur la place financière française (inférieur à une seconde), les sociétés françaises s'inquiètent du fait que les personnes votant à l'assemblée – sur la base d'un constat ayant lieu à J-2 – ne soient pas représentatives de l'actionnariat au jour de l'assemblée. La date de référence, la date d'enregistrement (*record date*), est en effet posée depuis le 1^{er} janvier 2015 à J-2. La lecture des compte-titres se réfère plus précisément au 2^e jour ouvré précédant le jour de l'assemblée à zéro heure⁷⁶⁷. Ce terme correspond au délai nécessaire aux procédures de règlement-livraison auprès du dépositaire central. Ces procédures, intégralement informatisées, s'accéléralent avec les progrès technologiques, la date d'enregistrement se rapproche de plus en plus du jour de l'assemblée.

⁷⁶⁵ La pratique est sur ce point circonspecte : cf. comm. ss art. R. 225-85 C. com., A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés*, Dalloz commenté, 2015 ; J.-P. VALUET, « Le décret du 11 décembre 2006 sur les sociétés commerciales », *Rev. sociétés*, 2007, p. 227, § 23 et s.

⁷⁶⁶ ANSA, « Accès et vote aux assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés non cotées », n° 07-024, 09.05.2007, p. 2, note 3.

⁷⁶⁷ Cf. art. 1^{er} D. n° 2014-1466 du 08.12.2014, JORF 10.12.2014, p. 20627 (3^e jour, ab. art. 35 D. n° 2006-1566 du 11.12.2006, JORF 12.12.2006, p. 18762).

341. Avant de présenter les particularités de la pratique et du droit français des sociétés cotées, deux remarques s'imposent. Premièrement, si tant est que l'on puisse parler d'inscription à l'assemblée générale, c'est, d'une part, au regard de la demande de carte d'admission à l'assemblée et, d'autre part, en considération de la tenue de la liste de présence, dans laquelle sont en effet inscrits les actionnaires participant physiquement à l'assemblée comme ceux participant à distance et « réputés présents »⁷⁶⁸. Secondement, l'inscription et la légitimation de l'actionnaire d'une société cotée ou assimilée ne dépendent pas tant de la nature du droit qu'il souhaite exercer que de la nature des actions qu'il possède. La procédure diffère en effet selon que les actions sont tenues au nominatif (pur et administré) ou au porteur. Si la procédure à suivre pour les actionnaires au nominatif ne fait pas l'objet de remarques réglementaires particulières, l'article R. 225-85 II C. com. décrit clairement les options offertes aux actionnaires au porteur pour participer à l'assemblée.

342. Pour participer physiquement à l'assemblée, il suffira en théorie à l'actionnaire au nominatif de se présenter le jour de l'assemblée muni d'une carte d'identité. Le décret n'évoque pas explicitement de carte d'admission pour ces actionnaires⁷⁶⁹. Pour des raisons d'ordre organisationnel, ainsi que pour établir au plus tôt une liste de présence la plus fidèle possible, les sociétés cotées invitent⁷⁷⁰ en pratique les actionnaires au nominatif à se manifester auprès des centralisateurs d'assemblées en requérant une carte d'admission à l'assemblée⁷⁷¹. L'avis de réunion et le site internet de la société indiquent ainsi la procédure à suivre pour exiger l'envoi d'une carte d'admission. En plus d'une demande par voie postale, les sociétés BNP Paribas Securities Services CACEIS Corporate Trust, et la Société Générale Securities Services, proposent actuellement aux actionnaires au nominatif pur comme administrés de se connecter sur leur site internet dédié respectif⁷⁷², grâce à des identifiants

⁷⁶⁸ V. *infra*, « Présence et participation, liste de présence et liste des participants », § 562.

⁷⁶⁹ L'article R. 225-85 II C. com., destiné précisément aux actionnaires au porteur, évoque la demande de carte d'admission. L'alinéa III évoquant cette demande de carte s'applique, à défaut de précision, aux actionnaires de manière générale, et donc aussi aux actionnaires au nominatif.

⁷⁷⁰ Pour exemple, SAFRAN SA, AG 2013 : « Pour faciliter l'accès de l'actionnaire à l'Assemblée Générale, il est recommandé aux actionnaires de se munir, préalablement à la réunion, d'une carte d'admission » [safran-group.com/site-safran-en/finance-397/general-meeting/how-to-vote] ; quand d'autres n'hésitent pas à l'exiger, sans disposition statutaire en ce sens, Veolia SA, AG 2013 : « La carte d'admission est indispensable pour participer à la réunion et sera demandée à chaque actionnaire lors de l'émargement de la feuille de présence. » [finance.veolia.com/participer-et-voter-a-lassemblee-generale.html].

⁷⁷¹ Les sociétés cotées délèguent en effet ce travail à un établissement centralisateur d'assemblée chargé parallèlement de la tenue du compte-titres. Ces centralisateurs, prestataires techniques agissant sur un marché concurrentiel, offrent un panel de services à leur client émetteur, services qui ne cessent d'évoluer et n'hésitent pas à dépasser les dispositions réglementaires.

⁷⁷² Dans l'ordre : [planetshares.bnpparibas.com], [nomi.olisnet.com], [nominet.socgen.com].

communiqués ou rappelés par la société dans l'avis de convocation. Une fois connectés sur le site, ces actionnaires ont la possibilité de requérir l'envoi d'une carte d'admission par voie postale voire, dans certains cas, par voie électronique. Dans cette dernière hypothèse, il reviendra à l'actionnaire d'imprimer sa carte d'admission ou de présenter le fichier grâce à un appareil électronique le jour de l'assemblée, sur le modèle des cartes d'embarquement électroniques dans les transports en commun.

343. En présence de titres au porteur, l'attestation d'inscription en compte d'actionnaire, aussi appelée « attestation de participation », doit être livrée à la société (art. R. 225-85 II C. com.). Il revient à l'intermédiaire financier teneur de compte, sur demande de son client propriétaire des titres, de procéder à cet envoi, « en annexe au formulaire de vote à distance ou de procuration ou à la demande de carte d'admission ». Si le décret ne signale aucune date limite de réception des demandes de carte d'admission, les sociétés exigent parfois dans leur convocation que cette demande leur parvienne au plus tard au jour de la date d'enregistrement (autrefois J-3, aujourd'hui J-2), l'ANSA précisant dans son *Vade mecum* comment traiter les actionnaires se présentant le jour de l'assemblée sans carte d'admission⁷⁷³.

B) Droit allemand

344. En droit allemand, l'inscription (*Anmeldung*) et la légitimation (*Legitimation*) sont deux opérations juridiquement distinctes. L'inscription à l'assemblée ne nécessite *per se* aucune légitimation⁷⁷⁴. Prise strictement, l'inscription est une étape purement administrative permettant à la société de mieux préparer l'assemblée : pour la réservation d'une salle suffisamment grande, l'organisation des boîtiers électroniques ou de la plate-forme de vote électronique, comme pour la tenue de la liste de présence. Bien qu'elle ne soit pas une condition légale pour participer à l'assemblée générale⁷⁷⁵, l'inscription est monnaie courante dans les sociétés tant cotées que non cotées.

345. Les mesures présentées ci-dessous s'appliquent aux actionnaires participant en ligne en direct (*Online-Aktionäre*). La doctrine estime toutefois que les statuts peuvent prévoir des

⁷⁷³ AFEP, « Vade-Mecum à l'intention du bureau des assemblées générales », mars 2011 ; ANSA, n°11-045, p. 53.

⁷⁷⁴ D. KUBIS, *op. cit.* note 752, « § 123 AktG », § 9.

⁷⁷⁵ M. ARNOLD *et al.*, « Aktuelle Fragen bei der Durchführung der Hauptversammlung », *AG*, 2011, p. 352 et 358.

procédures spécifiques à l'inscription en ligne⁷⁷⁶. La distinction opérée entre la participation (*Teilnahme*) et l'exercice du droit de vote (*Stimmrechtsausübung*), constante du § 123 II AktG depuis 1966, permet de penser que la procédure d'inscription liée à la participation à l'assemblée peut être différente de celle relative à l'exercice du droit de vote. Le choix a été fait de procéder à l'assimilation juridique des actionnaires participant en ligne en direct (*Online-Aktionäre*) aux actionnaires participant en salle⁷⁷⁷. *A contrario*, les actionnaires votant par correspondance ne sont pas considérés comme des participants (*Teilnehmer*) au sens de la loi. Ils sont donc libérés de toute procédure d'inscription. Ils ne sont pour autant, bien entendu, pas libérés des procédures de légitimation⁷⁷⁸.

346. Le § 123 AktG⁷⁷⁹ est structuré en trois alinéas annoncés par son intitulé : « Délai, inscription à l'assemblée, justificatif ». Une distinction est opérée entre la procédure de participation à l'assemblée des actionnaires au nominatif (§ 123 II AktG) (1), et la procédure réservée aux actionnaires au porteur (§ 123 III AktG) (2). Si les deux alinéas sont similaires, il y est question, d'une part, d'inscription à l'assemblée pour les actionnaires au nominatif et, d'autre part, de preuve de détention pour les actionnaires au porteur. Le droit allemand distingue dans les deux hypothèses la date d'enregistrement des actions (*Nachweisstichtag*, *record date*) de la date limite d'inscription à l'assemblée générale (*Anmeldungsfrist*).

1. Les modalités d'inscription à l'assemblée générale des actionnaires au nominatif

347. Le § 123 II AktG dispose de manière générale que les statuts peuvent prévoir que les actionnaires doivent s'inscrire pour participer à l'assemblée générale ou exercer leur droit de vote. L'inscription (*Anmeldung*) doit parvenir à la société, à l'adresse indiquée dans la convocation, au moins six jours avant l'assemblée. L'alinéa 2nd poursuit en autorisant les statuts, ou les dirigeants dans la convocation (sur délégation des statuts), à prévoir un délai

⁷⁷⁶ D. KUBIS, *op. cit.* note 752, « § 123 AktG », § 9.

⁷⁷⁷ V. *infra*, « Présence et participation », § 563.

⁷⁷⁸ M. ARNOLD, *loc. cit.* note 775 ; U. NOACK, « Briefwahl und Online-Teilnahme an der Hauptversammlung: der neue § 118 AktG », *WM*, 2009, n° 49, p. 2291.

⁷⁷⁹ Par l'UMAG de 2005, l'inscription à l'assemblée a remplacé la faculté statuaire d'imposer le dépôt des actions durant une certaine période précédant l'assemblée (*Hinterlegung*). Si la présentation de cette procédure dépasse le cadre de ce travail, notons toutefois que le dépôt n'était pas synonyme d'interdiction de cession des actions ; cf. anc. § 123 AktG, modifié par art. 1^{er} n° 1 UMAG, 22.09.2005, BGBl. I, p. 2802 ; RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, 14.03.2005, p. 13.

plus court, devant être fixé en jours⁷⁸⁰. Les délais courant à rebours à partir du jour de l'assemblée, un délai plus court implique une date limite d'inscription plus proche du jour de la réunion. En toute hypothèse, le jour de réception de l'inscription ne peut être comptabilisé dans le calcul du délai en question. Notons que sauf disposition contraire des statuts, le jour de l'assemblée ne doit pas non plus être comptabilisé (§ 121 VII AktG). Ainsi, il doit y avoir en principe six jours (ou autant qu'indiqués dans les statuts) complets entre le jour de la réception de l'inscription et le jour de l'assemblée.

348. Dans les sociétés dont les actions sont toutes nominatives, le principe veut que soient autorisés à participer à l'assemblée les actionnaires inscrits sur le registre des actionnaires de la société au jour de l'assemblée. Le droit de participation des actionnaires au nominatif découle de la simple lecture du registre des actionnaires⁷⁸¹. À défaut de clause statutaire imposant une inscription, les actionnaires au nominatif se présentent simplement à l'assemblée munis d'une pièce d'identité. Si les statuts prévoient une obligation d'inscription, ce qui est très largement répandu en pratique pour des raisons organisationnelles évidentes, notamment en cas de vote par voie électronique, la date d'enregistrement correspondra bien souvent « techniquement » à la date d'inscription. Seront alors autorisés à participer, en salle ou en ligne, à l'assemblée les actionnaires nommés dans le registre des actionnaires au dernier jour retenu pour la réception des inscriptions à l'assemblée, qui doit nécessairement se situer entre J-6 et J-1.

2. La date d'enregistrement retenue pour les actions au porteur

349. Les statuts peuvent prévoir des règles précisant la manière dont les actionnaires au porteur doivent apporter la preuve de leur détention (§ 123 III 1 AktG). La loi laisse cependant la possibilité aux statuts ou aux dirigeants lors de la convocation (mais sur délégation des statuts), de prévoir des délais plus courts, à définir en jours, c'est-à-dire de fixer une date d'inscription plus proche du jour de l'assemblée. Les grandes sociétés ont largement recours à ces clauses statutaires. Certaines font explicitement référence au délai légal de J-6, qui correspond en réalité au 7^e jour précédant l'assemblée (J-7 temps net).

⁷⁸⁰ Si les statuts décident d'imposer une inscription pour participer à l'AG, la date de la convocation de l'assemblée est avancée du nombre de jours que comprend le délai d'inscription : pour un délai brut d'inscription à l'AG de J-6, avec un délai légal brut de convocation d'au moins 30 jours, la date limite de convocation ne sera pas J-30, mais au plus tard J-36.

⁷⁸¹ RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, 14.03.2005, p. 13 ; v. Glossaire, § 652.

D'autres s'en remettent à la lettre de convocation. Cela laisse premièrement du jeu à la société pour s'adapter aux fins de semaine et jours fériés, aux aléas du calendrier. Il serait intéressant, dans l'avenir, que cette faculté de prévoir une date d'enregistrement plus courte soit utilisée pour permettre aux actionnaires souhaitant participer en ligne à l'assemblée de s'inscrire en ligne juste avant le commencement de l'assemblée.

L'inscription des actionnaires aux porteurs des sociétés cotées⁷⁸² doit pour sa part être accompagnée d'une attestation d'inscription en compte (*HV-Legitimation*). Différence notable avec le droit français, le § 123 III 3 AktG pose la *record date* au commencement du 21^e jour précédant l'assemblée, soit bien plus tôt que J-2 retenu au premier janvier 2015 en France.

§ 2 - La période de transmission des formulaires et bulletins de vote à distance

350. La plus grande distinction entre le droit français et le droit allemand relative au vote électronique a trait à la période de transmission des formulaires de vote à distance. Le considérant n° 12 de la directive « actionnaires » déclarait que « si la date de communication [...] des votes émis avant l'assemblée générale par voie électronique ou par correspondance est un élément important qui relève du gouvernement d'entreprise, elle peut cependant être déterminée par les États membres ». Le vote électronique français est un vote pré-assemblée (I), tandis que le droit allemand laisse à la pratique le choix de la date limite de réception des formulaires de vote électronique (II).

I - Le vote français pré-assemblée

351. Le droit français conçoit « historiquement » le vote par correspondance (VPC) comme un vote pré-assemblée. Comment pourrait-il en être autrement, au regard du temps nécessaire à la transmission postale des formulaires de vote puis au comptage ? Pourquoi devrait-on au demeurant faire attendre les actionnaires présents en salle pour le comptage des voix des actionnaires votant à distance, si cette opération, riche en information pour les organes de direction, peut être accomplie sereinement avant l'assemblée ?

En droit positif, la date limite de réception des formulaires VPC par la société se situe en principe trois jours avant la date de la réunion de l'assemblée (A), tandis que la date limite

⁷⁸² Dans les sociétés non cotées constituées en partie d'actions au porteur (situation toujours tolérée par le droit allemand), libre aux statuts de prévoir la procédure pour apporter la preuve de la détention des titres. La date limite à laquelle les actions doivent être inscrites en compte chez un intermédiaire financier n'est pas définie.

de réception des formulaires électroniques est la veille de la réunion de l'assemblée générale, au plus tard à 15 heures, heure de Paris (B).

A) Le vote par correspondance

352. L'article R. 225-76 al. 4 C. com. impose aux sociétés d'indiquer sur le formulaire « la date avant laquelle, conformément aux statuts, il est reçu par la société pour qu'il en soit tenu compte » – ainsi que la date convenue, le cas échéant, entre la société et les intermédiaires habilités après laquelle ces derniers « n'accepteraient plus de transmettre à la société des formulaires de vote reçus par eux ». Cette indication temporelle fait ainsi référence aux statuts. S'il n'est pas rare de trouver dans les statuts des sociétés cotées une clause relative à cette date limite de réception, elle délèguera généralement le pouvoir de décision à la direction lors de la convocation⁷⁸³. De nouveau, la loi française pose un principe et renvoie aux décrets pour les modalités d'application. Ce décret pose une règle modulable par les statuts. Les statuts renvoient quant à eux le pouvoir de décision aux dirigeants lors de la convocation. Cette référence aux statuts n'est qu'une simple incitation à prévoir statutairement la date limite de réception des formulaires de vote, premièrement car c'est la méthode la plus juste de prise de décision collective (en droit des sociétés par actions), deuxièmement pour qu'il n'y ait aucune surprise le jour où l'actionnaire obtient le formulaire. Elle n'en est pas moins redondante et inutile, puisque l'article posant les règles de fixation du délai d'envoi des formulaires VPC renvoie déjà aux statuts.

353. En effet, l'article R. 225-77 al. 1^{er} C. com. dispose de son côté que la « date après laquelle il ne sera plus tenu compte des formulaires de vote reçus par la société ne peut être antérieure de plus de trois jours à la date de la réunion de l'assemblée, sauf délai plus court prévu par les statuts ». Cette disposition ne s'applique qu'aux formulaires VPC, et non aux formulaires électroniques. Cette formulation est critiquable à plusieurs égards.

354. Elle semble premièrement interdire aux sociétés de prendre en considération les formulaires lui parvenant après J-3 – sauf si les statuts l'y autorisent. Tel n'est pas le cas. La société est simplement autorisée à refuser les formulaires après J-3. Elle peut, malgré cette règle et en l'absence de clause statutaire, prendre en considération les formulaires reçus après

⁷⁸³ « La date ultime du retour des bulletins de vote par correspondance et des pouvoirs est fixée par le Conseil d'Administration et communiquée dans l'avis de réunion publié au Bulletin des Annonces Légales Obligatoires. » *in*, Statuts Danone SA, 2010, art. 26 III.

J-3, à la condition d'appliquer les mêmes règles sans la moindre discrimination de traitement à tous les formulaires reçus jusqu'à un moment précis déterminé par la société en interne⁷⁸⁴. Cette disposition interdit seulement aux sociétés de ne pas prendre en compte des formulaires parvenus avant J-3 (à J-7 par exemple). Rappelons que cet article s'applique tant aux sociétés cotées qu'aux non cotées. Un bref regard sur le calendrier des convocations⁷⁸⁵ suffit pour comprendre que le délai le plus court possible pour l'envoi de formulaires de vote par correspondance est très bref. Aussi le décret cherche-t-il à protéger les actionnaires en imposant une date faisant office de compromis. En l'absence de clause statutaire, les actionnaires peuvent envoyer un formulaire VPC devant arriver au plus tard à J-3. Parallèlement, cette solution offre (au maximum) deux jours complets entre la date limite de réception et le jour de la réunion pour comptabiliser les votes, sans que de les formulaires parvenus en retard durant cette période doivent être pris en compte.

355. L'article est difficilement lisible quant à l'exception d'un délai plus court prévu par les statuts. Le groupe nominal circonstanciel « sauf délai plus court prévu par les statuts », situé en fin de phrase, ne conditionne pas l'application du verbe « ne peut être antérieure de plus de », mais est relatif à la seule longueur du délai. La réduction du délai ne peut se faire qu'en faveur des actionnaires en leur laissant plus de temps pour envoyer le formulaire, et non en faveur de la société en lui laissant plus de temps pour le comptage. Ainsi, si la date ne peut être antérieure à J-3, elle peut cependant être posée par clause statutaire jusqu'à J-1. La clause statutaire s'exprimant sur la date limite au-delà de laquelle les formulaires ne seront pris en compte a le choix entre J-3 (par défaut), J-2, et J-1. L'indication d'une heure précise, telle qu'on la trouve pour le vote électronique, n'est pas pertinente dans l'hypothèse d'un envoi postal.

⁷⁸⁴ Certes, l'on pourrait arguer *a contrario* que les actionnaires en retard, considérant que leurs votes ne seront pas pris en considération en raison d'un délai postal devenu trop court, ne prendront plus la peine d'envoyer leurs formulaires à la société, alors que cette dernière les auraient bien pris en compte même s'ils étaient arrivés en retard. Ce risque, causé par le retard de l'actionnaire, pèse cependant moins dans la balance que celui d'un retard inhabituel lors de l'envoi postal, qui priverait de facto et injustement l'actionnaire de son droit de vote si la société appliquait strictement le délai proposé par le décret. Une telle pratique doit *in fine* être analysée au regard de l'article 4 dir. « actionnaires » imposant que la « société veille à assurer l'égalité de traitement de tous les actionnaires qui se trouvent dans une situation identique en ce qui concerne la participation et l'exercice des droits de vote à l'assemblée générale ».

⁷⁸⁵ V. *supra*, « L'évolution du calendrier français », § 283.

B) Le vote à l'écran pré-assemblée

356. La pratique française a imposé au pouvoir réglementaire une date limite de réception des votes transmis par voie électronique, à savoir la veille de l'assemblée (J-1) à 15h, date que certains verraient au demeurant bien avancée à J-2 voire J-3, afin de connaître le plus tôt possible l'issue des votes et de mieux « planifier » l'assemblée générale⁷⁸⁶. Les dispositions réglementaires fixant la date précise de réception des formulaires électroniques sont pourtant claires (2). Une question cruciale pour le développement du vote électronique, et notamment du vote simultané à la réunion de l'assemblée, doit toutefois être posée (1) : le formulaire électronique doit-il nécessairement, à l'instar du formulaire de vote par correspondance (VPC), parvenir à la société avant la réunion de l'assemblée ? Le droit français se prive-t-il ainsi de l'instantanéité de la communication électronique en imposant un vote électronique pré-assemblée ?

1. Un principe de valeur légale ?

357. Pour rappel, l'article L. 225-107 I al. 2 C. com. dispose qu'il « n'est tenu compte que des formulaires qui ont été reçus par la société avant la réunion de l'assemblée, dans les conditions de délais fixées par décret en Conseil d'État ». Cette règle s'impose-t-elle au vote à l'écran ?

358. Le champ d'application du n° I de l'article L. 225-107 C. com. s'étend par prédilection au VPC, tandis que le n° II dudit article est consacré au vote à l'écran – par visioconférence ou des moyens de télécommunication. La distinction est plus précise : les dispositions du n° II dérogent, par leur spécialité, à celles du n° I. Ainsi, le principe général précité de valeur légale posé au n° I ne s'applique pas avec la même intensité au VPC (n° I) qu'au vote à l'écran (n° II). Pour y déroger, il faut que la question des délais d'envoi ou de réception des formulaires entre plus ou moins directement dans le champ d'application du n° II ou de tout autre texte de source légale relative au vote à distance. L'application de la maxime « *lex specialis derogat legi generali* » est en effet très souple. Elle ne s'applique que s'il n'y a pas de conflit direct entre deux normes, d'opposition explicite entre deux textes.

⁷⁸⁶ Amphi AFTI (FBF, ANSA), « VOTACCESS : Trois ans de mise en œuvre », 18.06.2014.

359. À première vue, le n° II de l'article L. 225-107 C. com. n'évoque pas la question des délais de réception des formulaires, et il n'existerait ainsi pas de texte de source légale susceptible de déroger à la règle voulant que la date limite de réception des formulaires soit placée avant la réunion. Le n° II de l'article L. 225-107 C. com. déroge pourtant bien au n° I, en raison des deux formulations relatives au calcul du quorum. D'un côté, le n° I dispose que seuls les formulaires arrivés avant la réunion comptent pour le calcul du quorum. De l'autre, le n° II déclare que pour le calcul du quorum, les actionnaires participant à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication sont réputés présents. Or le législateur de 2001 auteur du n° II de l'article L. 225-107 C. com. n'a fait aucune distinction entre le vote pré-assemblée et le vote en direct. Le vote par des moyens de télécommunication peut avoir lieu, selon les statuts, aussi bien avant que pendant l'assemblée⁷⁸⁷. Une application cumulative des deux dispositions est donc impossible. Aussi les deux affirmations sont-elles très clairement opposées. Elles règlent distinctement deux hypothèses considérées différentes par le législateur.

360. Cette constatation est confortée par l'analyse du rapport des dispositions réglementaires. En raison de la référence du n° II aux « conditions d'application [des moyens de télécommunication] déterminées par décret en Conseil d'État », les dispositions réglementaires relatives au vote à l'écran (n° II) dérogent aux dispositions réglementaires relatives au VPC (n° I), y compris celles relatives à la date limite de réception des formulaires de vote. De fait, les règles relatives à la réception du formulaire électronique dérogent déjà aux règles relatives au formulaire VPC⁷⁸⁸.

361. Sans mettre en doute les affirmations précédentes, une clarification légale s'impose. Elle doit passer par la suppression de toute référence à un vote pré-assemblée dans le n° I de l'article L. 225-107 C. com., ainsi que par une refonte du régime juridique du vote à distance – par des moyens de télécommunication et par correspondance – sur le modèle évoqué plus haut⁷⁸⁹.

⁷⁸⁷ V. *infra*, « Les fondements juridiques du vote électronique », § 381.

⁷⁸⁸ L'on ne peut cependant pas accepter que des dispositions réglementaires spéciales puissent déroger à un principe de valeur légale, quand bien même elles auraient été prises sur la base d'une habilitation légale explicitement dérogatoire. Cela est d'autant plus évident lorsque cette habilitation est formulée en termes généraux (« dans les conditions fixées par décret ») et ne fait aucunement allusion à une quelconque dérogation.

⁷⁸⁹ A. L. 225-107 I C. com. modifié : « I. Tout actionnaire peut voter par correspondance ou par voie électronique, au moyen d'un formulaire dont les mentions et les modalités d'envoi sont fixées par décret en Conseil d'État. ».

2. Une disposition réglementaire

362. Après avoir posé la date limite de réception des formulaires VPC à J-3, l'article R. 225-77 al. 1^{er} C. com. dispose que « les formulaires électroniques de vote à distance peuvent être reçus par la société jusqu'à la veille de la réunion de l'assemblée générale, au plus tard à 15 heures, heure de Paris ». Pour des raisons de clarté et pour souligner la nouveauté (en 2002), le législateur a coordonné les deux cas de figures par l'adverbe « toutefois », utilisé en légistique pour rectifier la portée d'une assertion, pour exclure une hypothèse particulière du champ d'application de la norme précédente.

363. Cette distinction entre les deux dates limite de réception est apparue avec le décret d'application de la loi NRE, et trouve son inspiration dans les requêtes présentées par la pratique. Cette dernière craignait que l'introduction du vote électronique ne soit retardée en raison d'une trop grande souplesse des textes. Les grandes sociétés et leurs prestataires de services en assemblée souhaitaient être rassurés par un cadre réglementaire exigeant, ce qui devait notamment passer par une date limite de réception (et non d'envoi) des formulaires électroniques, certes plus proche de la date de réunion que pour les formulaires VPC, mais sur un modèle identique de vote pré-assemblée. L'idée était bien entendu de disposer du temps nécessaire pour pouvoir traiter ces votes avant la réunion. Il ne s'agissait pas réellement d'être en mesure de collecter des informations précieuses quant aux intentions de vote, puisque le volume attendu de voix exprimées en ligne était insignifiant. Il s'agissait surtout de ne pas avoir à le faire durant l'assemblée, pour s'épargner les risques et désagréments que présentent toute technologie non éprouvée.

364. L'indication d'une heure précise est intéressante à plusieurs égards. Premièrement, l'heure choisie, J-1 à 15H CEST, est parfaitement arbitraire et n'est justifiée par aucun impératif d'aucune sorte⁷⁹⁰. Deuxièmement, elle ne reconnaît que partiellement l'instantanéité de la communication électronique. Certes, le délai d'envoi pour l'actionnaire est considérablement allongé : des deux jours entre J-3 et J-1, auxquels s'ajoutent au moins deux jours ouvrés nécessaires à l'envoi postal que le cyber-actionnaire s'épargne. En posant une nouvelle date limite de réception, la société est toutefois libérée du risque de retards lors de la transmission des formulaires électroniques, résultant d'éventuels incidents de communication.

⁷⁹⁰ Mis à part celui de permettre aux employés chargés de récolter, de traiter et de transmettre l'urne électronique de quitter leur lieu de travail pas trop tard.

Or, en pratique, de tels incidents de communication relèveront principalement de défauts de conception ou d'organisation des opérateurs du site internet (capacité des serveurs trop faible, connexion incertaine entre les acteurs de la chaîne de transmission, etc.). Du moins, rarement un vote envoyé à 14h30 – pour ne par dire 14h59 – parviendra à son destinataire après 15h.

365. Le destinataire légal des formulaires électroniques est la société. Or la société est le dernier élément d'une chaîne relativement longue d'intermédiaires. Après s'être identifié sur le site internet de la société, du centralisateur de l'assemblée ou, le cas échéant, de son intermédiaire financier, l'actionnaire enregistre et émet ses votes sur la plate-forme électronique du prestataire spécialisé, ces votes étant ensuite communiqués au centralisateur de l'assemblée mandaté par la société, puis à cette dernière. Une interprétation stricte du décret consisterait à considérer que c'est la société qui doit recevoir les votes avant 15h. Toutefois, le centralisateur de l'assemblée ainsi que le prestataire technique organisant le vote électronique agissent sous l'autorité et sous la responsabilité de la société vis-à-vis des actionnaires⁷⁹¹. Le cyber-actionnaire, (re-)dirigé vers la plate-forme électronique de vote, pense être en relation avec la société. C'est d'autant plus vrai s'il ne lui est pas demandé d'agréer de conditions d'utilisation de la plate-forme, grâce auxquelles l'actionnaire prendrait connaissance de l'identité du prestataire de service, et si la plate-forme reprend les couleurs et le logo de la société. La communication des votes entre le prestataire de service de vote en ligne et la société est donc clairement interne. La date et l'heure à retenir sont celles auxquelles ledit prestataire reçoit et est en mesure de confirmer la validation des votes.

366. Cette solution est celle retenue par le *Vade mecum* de l'ANSA, qui retient comme date et heure de réception du formulaire électronique, au sens de l'article R. 225-77 al. 1^{er} C. com., celles de « l'arrivée dans le premier sas d'accueil ». Ce premier sas d'accueil du formulaire rempli correspond à la validation du formulaire rempli à l'écran sur la plate-forme de vote : « *ce premier sas d'accueil délivre automatiquement un horodatage. Cet horodatage s'inscrit sur le Formulaire Unique Électronique et suit ainsi le Formulaire Unique Électronique tout au long du circuit* »⁷⁹². L'accusé réception remis au cyber-actionnaire à la suite de la validation des votes fait mention de cet horodatage⁷⁹³. Notons que l'accord de

⁷⁹¹ Ce qui n'est pas le cas de l'intermédiaire financier de l'actionnaire au porteur ou au nominatif administré.

⁷⁹² ANSA-CFONB, « Vote internet aux assemblées générales d'actionnaires - Accord de place sur un *Vade mecum* », n° 3104, mai 2002 (30.09.2007), Annexe, p. 3.

⁷⁹³ *Idem*, p. 4.

place, nécessairement plus pragmatique que le texte réglementaire, va plus loin en assimilant (peut-être inconsciemment) « la date d'envoi et l'heure d'arrivée » du Formulaire Unique Électronique.

De fait, les risques précités de retards lors de la transmission des formulaires électroniques sont partagés. D'un côté, l'actionnaire doit être assuré par le prestataire que ses votes ont bien été enregistrés. De l'autre, la société doit s'assurer de recevoir l'intégralité des votes enregistrés auprès du prestataire.

367. L'alinéa 1^{er} de l'article R. 225-77 C. com. doit évidemment être repensé. Il doit laisser aux statuts le pouvoir de déterminer la date limite de réception des formulaires électroniques de vote. Toute référence à un vote électronique pré-assemblée doit être supprimée⁷⁹⁴, sur le modèle du droit allemand.

II - Le « nouveau » vote à distance de droit allemand

368. Le § 118 AktG distingue la participation par voie électronique (al. 1^{er}) et le vote par correspondance électronique (al. 2nd). Le seul critère de distinction est la qualification de participant à l'assemblée, qui seule permet l'exercice en assemblée des droits politiques connexes au droit de vote⁷⁹⁵. Une date limite de réception des formulaires de vote n'est pas précisée dans l'*Aktiengesetz*. Notons que le terme « *Stimmabgabe* »⁷⁹⁶ peut signifier tant « transmission du vote » que « envoi du vote ». Il n'est donc pas par défaut question de date limite de réception, contrairement au droit français. Le rédacteur du projet de loi insista seulement sur le fait que les formulaires de vote par correspondance peuvent être transmis à la société avant la réunion⁷⁹⁷. Liberté est donc laissée aux statuts de fixer la période de transmission du formulaire ; ils se priveront bien en général d'une clause difficilement modifiable, mais habiliteront le directoire à fixer les règles relatives au vote par correspondance. La convocation doit de plus fixer ou rappeler la période durant laquelle les

⁷⁹⁴ Art. R. 225-77 C. com. modifié : « La date après laquelle il ne sera plus tenu compte des formulaires de vote reçus par la société ne peut être antérieure de plus de trois jours à la date de la réunion de l'assemblée, sauf délai plus court prévu par les statuts. Toutefois, les formulaires électroniques de vote à distance peuvent être reçus par la société jusqu'à la veille de la réunion de l'assemblée générale, au plus tard à 15 heures, heure de Paris. » ; v. Annexe, « Proposition de révisions législatives et réglementaires », p. 497. ; v. *infra*, « Le vote par moyens électroniques de communication », § 532.

⁷⁹⁵ Le droit de poser des questions orales comme le droit de consigner des points au procès-verbal de l'assemblée sont ainsi réservés auxdits participants.

⁷⁹⁶ Retenu par la pratique, mais avant tout dans l'*Aktiengesetz* (sous une autre forme grammaticale).

⁷⁹⁷ RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 27.

formulaire devront être transmis à la société pour être pris en compte (§ 121 III 3 point 2b AktG)⁷⁹⁸. De manière surprenante, les discussions doctrinales relatives à la date appropriée de transmission du vote par correspondance portent moins sur la date limite fixable (B) que sur le moment convenable à partir duquel le formulaire peut être envoyé (A).

A) L'ouverture de la période de transmission

369. À partir de quand l'actionnaire est-il autorisé à transmettre un formulaire de vote par correspondance ? L'association des avocats allemands, sévère à l'égard du premier projet d'ARUG, recommanda d'inscrire dans l'exposé des motifs du texte de loi (*Gesetzesbegründung*) que la transmission des votes par correspondance n'est possible qu'à partir de la publication de la convocation, afin d'éviter les « transmissions prophylactiques de vote », c'est-à-dire des votes négatifs par défaut⁷⁹⁹. Si cette recommandation n'a pas été suivie par le législateur, les commentateurs l'approuvent toutefois très largement, considérant de manière expéditive que tant que l'actionnaire n'a pas pris connaissance des projets de résolution, toute expression de vote n'a aucune valeur juridique⁸⁰⁰. Aussi la doctrine considère-t-elle les formulaires de vote reçu avant la publication de la convocation comme nuls⁸⁰¹. La portée pratique de cette discussion reste toutefois très limitée en raison du fait que le vote par correspondance est dans l'extrême majorité des cas soumis à des impératifs formels fixés par la société et seulement communiqués aux actionnaires lors de la publication de la convocation. Les formulaires envoyés avant la convocation ne respectant pas ces impératifs seront ainsi refusés par la société. De plus, la date à laquelle les actionnaires au porteur de sociétés cotées peuvent transmettre leur formulaire de vote est de fait liée à la date d'enregistrement, posée au § 123 II AktG à J-21⁸⁰².

B) La date limite de transmission

370. Jusqu'à quand l'actionnaire est-il autorisé à transmettre un formulaire de vote par correspondance ? Au risque de compliquer la convocation avec des indications différentes, la majorité des sociétés distingue deux dates limite de réception des formulaires, l'une pour le

⁷⁹⁸ C. HORN, « Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung nach dem RefE zum ARUG », *ZIP*, 2008, p. 1565 ; U. NOACK, *op. cit.* note 778, p. 2290.

⁷⁹⁹ DAV, Handelsrechtsausschuss, « Stellungnahme zum RefE eines ARUG », *NZG*, 2008, p. 536.

⁸⁰⁰ U. HÜFFER, *op. cit.* note 755, « § 118 AktG », § 8g.

⁸⁰¹ M. ARNOLD *et al.*, *op. cit.* note 775, p. 358 ; D. KUBIS, *op. cit.* note 752, « § 118 AktG », § 94.

⁸⁰² D. KUBIS, *ibidem*.

vote par voie postale et par messagerie électronique ou téléfax, l'autre pour le vote à l'écran⁸⁰³.

En raison du temps nécessaire au traitement des formulaires papier, la date limite de réception des formulaires transmis par voie postale ne pourra pas être le jour de l'assemblée. Cette date peut ainsi être posée à J-3, mais il n'est pas rare que les sociétés acceptent les formulaires reçus la veille de l'assemblée à 20h⁸⁰⁴ voire à minuit⁸⁰⁵. Les formulaires transmis par messagerie électronique ou téléfax sont le plus souvent, pour les mêmes raisons, mais aussi afin de ne pas trop compliquer la convocation, soumis aux mêmes délais.

Grace à l'automatisation de leur traitement, les formulaires transmis à l'écran bénéficient de délais plus intéressants. La doctrine reconnaît d'une voix, face au silence de la loi, que les formulaires de vote par correspondance transmis à l'écran peuvent parvenir à la société pendant la réunion de l'assemblée générale⁸⁰⁶. Les sociétés offrant la faculté de voter à l'écran posent les mêmes délais que ceux retenus pour la transmission en ligne des intentions de vote au mandataire désigné (*E-proxy voting*). Sur les 19 sociétés permettant le vote par correspondance grâce à une plate-forme de vote électronique en 2015, chacune fixe une date limite de transmission des formulaires remplis à l'écran : la veille⁸⁰⁷, le jour de l'assemblée à une heure précise⁸⁰⁸, et la fin des débats⁸⁰⁹, voire la fin du scrutin⁸¹⁰.

Conclusion intermédiaire

371. Le glissement de la méthode de calcul des délais dans les sociétés cotées, d'une date limite d'envoi vers une date limite de réception, peut être perçu de plusieurs manières. L'on peut, d'un côté, considérer que l'organisation sereine de l'assemblée impose des dates limite de réception, afin de permettre à la société de se fier à un calendrier fixe. D'un autre côté, l'on peut y voir une promotion de la voie électronique. En pratique, l'instantanéité des

⁸⁰³ « Ebenfalls zulässig ist eine Differenzierung dahingehend, dass die Frist für die schriftliche Stimmabgabe einige Tage vor der Hauptversammlung endet, die elektronische Briefwahl aber bis zum Ende der Generaldebatte möglich ist. » in, M. ARNOLD *et al.*, *op. cit* note 775, p. 358.

⁸⁰⁴ Commerzbank AG.

⁸⁰⁵ Continental AG.

⁸⁰⁶ J. HOFFMANN, in G. SPINDLER, E. STILZ, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2010, « § 118 AktG », § 42 ; S. MUTTER, A. PERNFUß, « ARUG : Briefwahl 'vor und während' der Hauptversammlung », *AG*, 2009, R6.

⁸⁰⁷ Au moins 6 sociétés la veille : 2 jusqu'à 12h (Bayer AG, BMW AG), 1 jusqu'à 18h (K+S AG), 2 jusqu'à 20h (Commerzbank AG, Linde AG), 1 jusqu'à 24h (Continental AG).

⁸⁰⁸ Deutsche Bank AG.

⁸⁰⁹ Au moins 8 sociétés jusqu'à la fin des débats (Siemens AG, München Rück AG, Infineon AG, HeidelbergCement AG, Deutsche Telekom AG, Deutsche Post AG, Deutsche Börse AG, Daimler AG).

⁸¹⁰ Beiersdorf AG.

communications électroniques permet de postuler que la date d'envoi d'une information est identique à la date de sa réception par le destinataire. Ce changement offre par exemple plusieurs jours de plus aux actionnaires pour préparer leurs propositions de résolutions. Cela vaut tout particulièrement pour les actionnaires étrangers. L'harmonisation européenne est de fait basée sur la voie électronique comme vecteur d'égalité entre les actionnaires résidents et non-résidents.

SECONDE PARTIE

-

PARTICIPATION A DISTANCE A L'ASSEMBLEE GENERALE DES ACTIONNAIRES

« Les sociétés ne devraient avoir à faire face à aucun obstacle juridique pour proposer à leurs actionnaires des moyens de participation électronique à l'assemblée générale »⁸¹¹.

⁸¹¹ Considérant liminaire n° 9 de la directive « actionnaires » n° 2007/36/CE du 11.07.2007.

372. L'assemblée générale des actionnaires est le premier organe de contrôle et de direction de la société anonyme. Il réunit les représentants d'intérêts souvent contradictoires. L'hypothétique équilibre des pouvoirs posé par la loi suppose la participation de l'ensemble des acteurs. Cette pleine participation ne pourra être atteinte que grâce aux dispositifs techniques et juridiques permettant aux actionnaires d'exercer leurs droits en assemblée, mais à distance. La participation en salle ne se résumant pas au droit de vote, la participation en ligne ne doit pas se limiter au vote non plus. Pour saisir l'ensemble des intérêts en jeu, clarifions les régimes juridiques relatifs à la participation à l'assemblée par voie électronique.

La loi française semble distinguer le vote par correspondance (art. L. 225-107 I C. com.) et la participation à distance à l'assemblée « par visioconférence ou par des moyens de télécommunication » (art. L. 225-107 II C. com.). La doctrine comme la pratique ne retiennent cependant que le point II de l'article L. 225-107 C. com. comme source légale de l'ensemble des dispositions relatives à la participation en ligne à l'assemblée (peu discutée car non pratiquée) et au « simple » vote par voie électronique (vote à l'écran). Ce paragraphe, inséré par la loi NRE de 2001, dispose que les actionnaires participant à distance à l'assemblée sont « réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité », éléments uniquement déterminant pour le vote en assemblée. Cet article, semblant s'appliquer au seul vote, ne consacre qu'incidemment la participation en ligne à l'assemblée générale des actionnaires. Or à « la différence des dispositions relatives au vote par correspondance, le présent article vise la participation aux assemblées et non les seules opérations de vote. Il ne se limite pas à une reconnaissance législative de la possibilité du vote électronique, mais ouvre l'utilisation des moyens de télécommunication pour chacune des phases des assemblées, et notamment pour les débats »⁸¹². Contrairement aux apparences, le paragraphe n'a pas pour seul objet le vote – ou plus précisément le calcul du quorum et de la majorité. La partie réglementaire du Code de commerce procède de même à une timide distinction lorsqu'elle évoque une « participation effective à l'assemblée des actionnaires y participant par des moyens de visioconférence ou de télécommunication », cette participation étant soumise à des conditions plus strictes que le seul vote à l'écran pré-assemblée⁸¹³.

⁸¹² AN, Commission des finances, Rapport n° 2327, É. BESSON, déposé le 06.04.2000.

⁸¹³ Cf. art. R. 225-97 C. com.

De son côté, le droit allemand distingue clairement la participation en ligne (§ 118 I AktG - *Online-Teilnahme*⁸¹⁴) du vote par correspondance électronique (§ 118 II AktG - *Briefwahl*). Cette distinction permet d'assimiler partiellement ou entièrement l'actionnaire participant par voie électronique à l'actionnaire participant en salle, sans se priver des avantages de la procédure parallèle du vote à l'écran. Seuls ceux participant en ligne sont considérés comme des participants à l'assemblée et bénéficient des droits conséquents. Les actionnaires votant par correspondance (papier ou électronique) n'ont par exemple pas le droit d'exiger l'inscription de contestations au procès-verbal de l'assemblée⁸¹⁵, contrairement à ceux participant (physiquement ou en ligne). La distinction allemande nivelle ainsi clairement le degré d'intégration des actionnaires à l'assemblée générale. D'un point de vue strictement juridique, l'on pourrait y voir une dégradation du statut de l'actionnaire. Nous constaterons cependant que la force de cette distinction est de rappeler la vocation de l'actionnaire à participer à l'assemblée générale, et non seulement de voter, et que le vote par correspondance (*Briefwahl*) n'est peut-être que la réponse aux exigences de la directive européenne de 2007 quant à la participation et au vote électronique (art. 8 § 1 dir. « actionnaires »).

La progression de l'exercice du droit de vote par voie électronique (Titre 1) ne doit pas s'accompagner d'un déclin du droit de l'actionnaire de participer aux délibérations (Titre 2).

⁸¹⁴ L'expression n'est pas utilisée dans la loi, mais l'est par le gouvernement dans ses motivations du projet de loi, et est unanimement reconnue et reprise par la pratique et la doctrine ; Cf. RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 27.

⁸¹⁵ Nécessaire à toute action en annulation des résolutions votées en assemblée (§ 245 n° 1 AktG) ; RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 27.

TITRE 1

-

LA PROGRESSION DE L'EXERCICE DU DROIT DE VOTE PAR VOIE ELECTRONIQUE

« Il apparaît que seule l'informatisation de l'ensemble de la chaîne pourrait améliorer la situation »⁸¹⁶.

373. L'article L. 225-107 du Code de commerce dispose que les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication sont réputés présents pour le calcul du quorum. La loi française autorise la voie électronique tout en renvoyant au décret en Conseil d'État pour déterminer la nature et les conditions d'application de ces modes de participation. Le régime juridique français du vote électronique à l'assemblée générale des actionnaires est en effet chapeauté par l'article R. 225-61 C. com. Cet article – le premier, au demeurant, de la section réglementaire du Code de commerce relative aux assemblées d'actionnaires – dispose que « les sociétés dont les statuts permettent aux actionnaires de voter aux assemblées par des moyens électroniques de télécommunication aménagent un site exclusivement consacré à ces fins ». Notons dès à présent que les dispositions relatives à la visioconférence et au vote électronique ne s'appliquent ni aux assemblées spéciales des titulaires de certificats d'investissement, ni aux assemblées générales d'obligataires⁸¹⁷.

374. Le régime de droit allemand est largement posé au § 118 AktG, premier article d'une courte sous-section relative aux droits « de »⁸¹⁸ l'assemblée générale.

⁸¹⁶ AMF, *Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France*, Rapport Y. MANSION (dir.), 06.09.2005, p. 38.

⁸¹⁷ Cf. art. R. 228-33 et s. (titulaires de certificats d'investissement), art. R. 228-68 C. com. (obligataires), introduits par les art. 41 à 45 D. n° 2002-803 du 3 mai 2002, JORF 05.05.2002, p. 8718.

⁸¹⁸ L'assemblée générale est ici manifestement considérée en tant qu'organe, non en tant qu'événement.

Son alinéa 1^{er} est relatif à l'exercice des droits des actionnaires à l'assemblée générale et consacre la participation électronique (*Online-Teilnahme*) à l'assemblée en autorisant les statuts à prévoir – ou à autoriser le directoire à prévoir – que les actionnaires pourront participer à l'assemblée et exercer leurs droits tout ou en partie par voie électronique, même sans présence au lieu de l'assemblée et sans mandataire. Son alinéa 2 traite quant à lui du vote par correspondance (*Briefwahl*), en autorisant les statuts à prévoir – ou à autoriser le directoire à prévoir – que les actionnaires puissent transmettre leurs voix sans participer à l'assemblée, sous forme écrite ou par des moyens de télécommunication (vote par correspondance). La *Briefwahl* se limite ainsi à la transmission des voix à distance et ne concerne aucun des droits connexes au droit de vote⁸¹⁹.

375. À propos de la participation à l'assemblée générale par voie électronique, la directive « actionnaires » du 11 juillet 2007 évoque un « mécanisme permettant de voter, que ce soit avant ou pendant l'assemblée générale, sans qu'il soit nécessaire de désigner un mandataire devant être physiquement présent lors de l'assemblée » (art. 8 § 1 c dir act.). Trois modes d'expression des voix sont ainsi envisagés. Ils peuvent être étudiés séparément⁸²⁰.

En France comme en Allemagne, le vote électronique pré-assemblée est comparable au vote par correspondance, qui n'existait pas en Allemagne jusqu'en 2009 (Chapitre 1). La pratique allemande s'était volontiers contentée du vote par procuration, dont le régime juridique, plus ancien dans les deux pays, a évolué en raison des opportunités offertes par les technologies de communication (Chapitre 2). Le plus grand défi concerne toutefois encore le vote électronique en direct, domaine dans lequel la pratique allemande a devancé la pratique française (Chapitre 3).

⁸¹⁹ U. NOACK, « ARUG : das nächste Stück der Aktienrechtsreform in Permanenz », *NZG*, 2008, p. 445.

⁸²⁰ Si la dichotomie française entre le vote pré-assemblée et le vote en direct ressemble à la distinction légale allemande entre la participation en direct à l'assemblée (*Online-Teilnahme*) et le vote à distance (*Briefwahl*), la différence notable est que ce dernier ne se limite pas à la période pré-assemblée. Le présent chapitre est ainsi axé sur le régime juridique français du vote électronique aux assemblées générales, qui distingue à demi-mots, mais en pratique sans le moindre doute, le vote pré-assemblée du vote en direct.

CHAPITRE 1 - L'ESSOR DU VOTE ÉLECTRONIQUE PRÉ-ASSEMBLÉE

376. L'article 12 de la directive « actionnaires » a imposé aux États membres d'autoriser « les sociétés [cotées] à offrir à leurs actionnaires la possibilité de voter par correspondance avant l'assemblée générale ». La faculté de voter à distance doit ainsi être permise par les droits nationaux. Le vote à distance n'est pas imposé par la lettre de la directive. Libres aux États membres d'offrir la faculté de voter à distance sans ou sous conditions, voire de l'imposer aux sociétés. De telles conditions ne doivent toutefois pas dépasser les limites posées par la directive, qui dispose que le « vote par correspondance ne peut être soumis qu'à des exigences et contraintes nécessaires à l'identification des actionnaires, et uniquement dans la mesure où elles sont proportionnées à la réalisation de cet objectif ».

377. Les régimes juridiques français et allemands relatifs au vote par correspondance divergent, même s'ils s'adressent tous les deux indifféremment aux sociétés cotées comme aux sociétés non cotées. Le droit français impose à toutes les sociétés anonymes de permettre à leurs actionnaires un vote par correspondance (VPC) depuis 1983⁸²¹. Le droit allemand les y autorise seulement (*Briefwahl*) depuis 2009⁸²². La faculté de transmettre électroniquement un vote par correspondance fut explicitement autorisée – et non imposée – en France par la loi NRE de 2001 et son décret d'application de mai 2002, en Allemagne par l'ARUG de 2009.

Quelques précisions terminologiques s'imposent. Premièrement, en matière de vote pré-assemblée, l'on parlera de formulaires de vote par correspondance, et non de bulletin⁸²³. Il faudra, deuxièmement, distinguer la forme du formulaire, les modalités de transmission entre les différents acteurs en jeu (actionnaire, teneur de compte, prestataire de service, centralisateur d'assemblée, société anonyme), et les modalités de traitement des formulaires. Ainsi, le formulaire peut, d'une part, prendre la forme papier puis être numérisé par

⁸²¹ Art. 161-1 (ab.) loi du 24.07.1966, art. 25 loi n° 83-1 du 03.01.1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne, JORF 04.01.1983, p. 167.

⁸²² Art. 1 n° 7 b ARUG, 30.07.2009, BGBl. I, p. 2479.

⁸²³ « Pour le vote en séance, il s'agit d'un 'bulletin' électronique de vote et non plus d'un 'formulaire'. » *in*, ANSA-CFONB, « Vote par internet aux assemblées générales d'actionnaires - Accord de place sur un vade mecum », mai 2002 (30.10.2007), n° 3104, p. 9, note 16.

l'intermédiaire financier (dénommé en pratique vote par correspondance numérisé, ou « VPC sécurisé »). Il peut, d'autre part, être conçu voire rempli sous la forme d'un fichier numérique puis imprimé sur papier. L'envoi peut, quant à lui, avoir lieu par voie postale ou par voie électronique. Les modalités d'envoi peuvent varier entre les différents acteurs d'une même chaîne entre l'actionnaire et la société. Le comptage, généralement opéré dans les moyennes et grandes sociétés de manière électronique, pourra enfin avoir lieu par la lecture optique du formulaire papier imprimé, ou par lecture automatisée du formulaire sous format numérique.

Troisièmement, en France, le secrétaire général de l'ANSA recommande de « chasser du vocabulaire la notion de VPC électronique. Il y a désormais le vote sur écran et le vote VPC sécurisé [ou numérisé]. Le VPC tout court est un vote papier »⁸²⁴. Cette position est inspirée de la directive « actionnaires », qui distingue en effet deux formes d'exercice du vote sans présence physique à l'assemblée générale, à savoir le vote par correspondance et le vote par voie électronique⁸²⁵.

378. Le droit français est relativement long et prévoyant, et les convocations aux assemblées ne sont plus que le reflet de la partie réglementaire du Code de commerce. La loi allemande, économe, fait confiance au bon sens des sociétés. Après avoir présenté les fondements légaux du vote par correspondance (Section 1) et les dispositifs proposés jusqu'à présent par la pratique (Section 2), il faudra s'arrêter sur le régime juridique encadrant le formulaire de vote (Section 3).

SECTION 1 - LES FONDEMENTS JURIDIQUES DU VOTE ELECTRONIQUE

379. Les droits français (§ 1) comme allemand (§ 2) disposent tous deux d'une règle de nature légale évoquant une clause statutaire prévoyant ou autorisant un vote par voie électronique. Si l'on trouve aujourd'hui une telle clause dans la majorité des statuts des grandes sociétés cotées, la décision finale d'autoriser une telle procédure de vote reviendra

⁸²⁴ J.-P. VALUET, « *Votaccess 2013 - La montée en puissance* », Amphi AFTI du 25.06.2013, *Spécial Amphi*, n° 9, août 2013, p. 7.

⁸²⁵ Cf. cons. n° 9 dir. « actionnaires ».

toutefois toujours en pratique au conseil d'administration ou au directoire lors de la convocation.

§ 1 - Droit français

380. Le droit français distingue le vote par correspondance (art. L. 225-107 I C. com.) du vote à distance par voie électronique (art. L. 225-107 II C. com.). L'article L. 225-107 I al. 1^{er} C. com. dispose ainsi que « tout actionnaire peut voter par correspondance », étant précisé que les « dispositions contraires des statuts sont réputées non écrites ». Cotée ou non, la société anonyme de droit français doit ainsi conférer à ses actionnaires la faculté de voter par correspondance sur les projets de résolution aux assemblées générales.

381. L'article L. 225-107 II C. com. dispose que si « les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication ». La visioconférence suppose une participation en simultané et ne concerne pas le vote pré-assemblée⁸²⁶. Fort de ce constat, d'aucuns énoncent, par opposition, que la participation par des moyens de télécommunication implique alors un vote avant l'assemblée⁸²⁷, ce qui ne les empêche pas d'affirmer dans le même texte que le vote par télécommunication ne se limite pas au vote pré-assemblée⁸²⁸. L'explication des incohérences de la doctrine réside dans le fait que l'article L. 225-107 II C. com. n'est pas le fondement juridique du vote électronique pré-assemblée, mais du vote électronique dans son ensemble.

Ce vote électronique repose sur une clause statutaire qui a vocation à disparaître (I), la décision finale revenant toujours aux organisateurs de l'assemblée générale (II).

⁸²⁶ V. *infra*, « Les défis de la visioconférence... », § 591.

⁸²⁷ « ... soit enfin, si la société a modifié ses statuts en conséquence, en votant avant l'assemblée par Internet – ce que vise au II la formule du texte commenté: 'par des moyens de télécommunication' – ou, si cette option est offerte, en séance par Internet – que le texte commenté désigne 'par visioconférence' » *in*, comm. ss art. L. 225-107 C. com., A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés*, Dalloz commenté, 2015.

⁸²⁸ « En effet, le vote par télécommunication peut être émis soit *avant* l'assemblée générale, soit *pendant* l'assemblée générale » *in*, *idem*, comm. ss art. L. 225-107 C. com. ; v. *infra*, « Le vote par des moyens électroniques de télécommunication », § 532.

I - La loi et la clause statutaire

382. Le vote électronique est subordonné à l'existence d'une clause statutaire l'autorisant. Une clause statutaire ne garantit pas que le vote électronique soit mis en place dans la société, et n'apporte aucune sécurité juridique particulière. Cette exigence doit ainsi disparaître, car elle participe à la création d'un régime juridique spécifique à la voie électronique qui n'est aucunement nécessaire. Elle devrait, tout au plus, ne s'appliquer qu'à la visioconférence. La visioconférence apportera un réel changement des pratiques, des habitudes en assemblée, et l'on peut comprendre qu'une telle évolution ne soit pas du goût de tous, voire qu'elle ne soit pas adaptée à toutes les sociétés anonymes. Le vote d'une clause statutaire est requis pour la visioconférence, en ce qu'elle constitue un véritable nouveau mode de participation à l'assemblée. Tel n'est pas le cas du vote par des moyens de télécommunication, et *a fortiori* du vote électronique pré-assemblée, qui n'est qu'une modalité de vote à distance, une modalité dont les effets sont strictement identiques à ceux du vote par correspondance. Il n'est pas question pour autant d'imposer la faculté de voter par voie électronique. Le fait de ne plus exiger de clause statutaire pour autoriser le vote par des moyens de télécommunication ne rend pas ce dernier obligatoire. Les modalités de participation à l'assemblée devraient pleinement relever des pouvoirs des statuts et, ou à défaut, des dirigeants dans le cadre de la convocation à l'assemblée.

383. Pour ce faire, une première solution consisterait à garder la référence légale au vote électronique, en laissant la formule relative au calcul du quorum en cas de participation par des moyens de télécommunication, tout en supprimant l'exigence d'autorisation statutaire⁸²⁹. La solution la plus convaincante consisterait à retirer toute allusion à la participation par des moyens de télécommunication de l'article L. 225-107 II C. com., dont le champ serait ainsi limité à la visioconférence. Quant à l'obligation d'identification effective du cyber-actionnaire⁸³⁰, cette exigence pourrait sans effort être reléguée à la partie réglementaire du Code de commerce, dans laquelle elle est explicitée. Toute obligation légale relative à l'identification du cyber-actionnaire impose à ce dernier un régime juridique spécifique. Or tout actionnaire doit être identifié afin de voter. Ce régime spécifique est redondant dès lors qu'il ne pose aucune condition d'identification plus stricte que celles appliquées

⁸²⁹ [Si les statuts le prévoient,] Sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée [par visioconférence ou] par des moyens de télécommunication...

⁸³⁰ V. *supra*, « L'identification du cyber-actionnaire », § 176.

communément aux autres actionnaires. Cette obligation – qui n'en est pas une – résulte uniquement de la crainte qui régnait en 2001 chez le législateur et des sociétés anonymes à l'égard de la participation électronique des actionnaires. Elle n'a plus lieu d'être aujourd'hui.

Pour ne pas perdre la reconnaissance légale de la participation électronique avant et pendant l'assemblée générale, le nouvel article L. 225-107 I C. com. pourrait offrir à tout actionnaire la faculté de « voter par correspondance ou par voie électronique »⁸³¹. La conjonction « ou » rend à elle seule la voie électronique facultative. En effet, en obligeant la société à prévoir un vote à distance, par correspondance ou par voie électronique, la société prévoyant un vote par correspondance répond à une des deux options et peut se libérer de la seconde. En d'autres termes, elle n'est systématiquement pas contrainte de prévoir un vote par voie électronique. En formulant la disposition de manière à ce que le choix soit laissé à l'actionnaire, l'on n'empêche pas la société de proposer parallèlement les deux modalités de vote à distance. Inversement, la formule permet à la société de se séparer, si elle le désire, du vote par correspondance papier. Cette solution a enfin le mérite de rappeler à l'actionnaire qu'il ne peut voter à distance que d'une seule manière⁸³². L'alignement du régime juridique légal du vote par correspondance et de celui du vote électronique participerait à un effort de simplification du droit. C'est d'ailleurs la solution choisie par le droit allemand.

II - La décision des dirigeants

384. Le second argument plaidant pour la suppression de l'obligation de clause statutaire est plus pragmatique et découle de l'observation de la pratique. La quasi-totalité des clauses statutaires autorisant la participation par des moyens de télécommunication relèguent la décision finale aux dirigeants de la société, quand bien même la loi ne fait référence qu'à une autorisation statutaire. Ce renvoi à une décision des organisateurs de l'assemblée générale relevait du bon sens, alors que les dispositifs techniques n'avaient pas encore été éprouvés, que les coûts étaient encore incertains, et qu'il restait difficile de prévoir le nombre d'actionnaires intéressés par le vote électronique. Pourquoi la loi exige-t-elle de passer par les statuts ? En présence d'une d'autorisation directe de la loi, l'on pourrait s'en tenir à une

⁸³¹ V. Annexe, « Proposition de révisions législatives », p. 497 ; art. L. 225-107 C. com. amendé : « I. Tout actionnaire peut voter par correspondance *ou par voie électronique*, au moyen d'un formulaire dont les mentions *et les modalités d'envoi* sont fixées par décret en Conseil d'État.

II. Si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ».

⁸³² V. *infra*, « La priorité française du formulaire de vote sur la formule de procuration », § 511.

simple autorisation des dirigeants, seuls à même en tant qu'organiseurs de l'assemblée de juger de l'opportunité de la participation électronique des actionnaires pour chaque assemblée générale.

§ 2 - Droit allemand

385. Le § 118 II AktG dispose depuis l'ARUG de 2009 que « les statuts peuvent prévoir, ou autoriser le directoire à prévoir que les actionnaires soient autorisés à exprimer leurs voix sans participer à l'assemblée, sous forme écrite ou par des moyens de télécommunication (vote par correspondance) » (*Briefwahl*). Considéré comme une « nouveauté révolutionnaire »⁸³³ au regard de l'obligation de présence en assemblée générale, qui régnait jusqu'alors en droit allemand⁸³⁴, le vote à distance a été pensé par la doctrine allemande dès les années 2000. Si la notion de « *Briefwahl* » fait directement écho au vote aux élections politiques par lettre postale⁸³⁵, sa traduction littérale comme son équivalent fonctionnel en droit français est bien le « vote par correspondance ». La « *Briefwahl* » s'entend ainsi comme le vote à distance, que ce soit le vote par correspondance par voie postale ou le vote par des moyens de télécommunication. Comme en droit français, la présence d'une clause statutaire autorisant le vote électronique ne signifie pas que celui-ci sera proposé aux actionnaires (I). L'exemple du retrait d'une recommandation du code de gouvernement d'entreprise relative au vote par correspondance permettra d'illustrer la complexité de son régime juridique (II).

I - Les statuts et le directoire

386. Le vote par correspondance de droit allemand repose sur une clause statutaire. Certes, le § 134 IV AktG dispose que la forme de l'exercice du droit de vote est établie par les statuts et, en l'absence d'une telle clause, ce pouvoir est attribué par la doctrine au président

⁸³³ C. CONREDER, « Internet in der Hauptversammlung », *CR*, 2010, R39.

⁸³⁴ N. WINKLER, *Das Stimmrecht der Aktionäre in der europäischen Union*, de Gruyter, 2006, p. 123 ; v. *infra* « L'obligation révoquée de présence », § 569.

⁸³⁵ Le terme fit l'objet de critiques ; le DAV lui aurait préféré la notion de « vote sans présence » (*Stimmabgabe in Abwesenheit*) : « Stellungnahme zum RefE eines ARUG », *NZG*, 2008, p. 536, § 19 ; « 'Brief' bedeutet nicht 'Papier' » in, F. DRINHAUSEN, in W. HÖLTERS, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2014, « § 118 AktG », § 18 ; « Die terminologische Bezeichnung als Briefwahl ist missverständlich » in, J. HOFFMANN, *loc. cit.* note 806 ; « Verwendung des Begriffs Briefwahl ist unglücklich » / « ... die elektronische Stimmabgabe zugelassen, die nach allg[emeiner] Sprachgebrauch aber nicht brieflich ist... » in, U. HÜFFER, *loc. cit.* note 800.

de l'assemblée⁸³⁶. Le champ d'application de la disposition se limite toutefois aux modalités d'exercice du droit de vote en salle, et ne trouve pas application pour le vote par correspondance, réglementé spécialement au § 118 II AktG⁸³⁷.

387. La clause statutaire peut directement autoriser le vote par correspondance, auquel cas les dirigeants doivent tout mettre en œuvre pour que les voies exprimées à distance soient comptabilisées dans les résultats des votes. Cette clause peut sinon autoriser le vote par correspondance tout en conditionnant l'organisation de ce mode de vote à la décision préalable du directoire⁸³⁸. Cette clause peut enfin, d'une part, autoriser directement le vote par correspondance par écrit mais, d'autre part, soumettre la faculté de voter par des moyens de télécommunication à une décision du directoire en ce sens.

Même si, dans les deux dernières hypothèses, la mise en place d'un système de vote par correspondance est fonction de l'accord du directoire, les statuts prévoient explicitement cette modalité de vote dans les deux cas.

II - La retrait de la recommandation du code de gouvernement (DCGK)

388. Amendée quasi-annuellement, la partie du code allemand de gouvernement d'entreprise (DCGK) relative à l'assemblée générale s'est prononcée dans sa version du 26 mai 2010 sur le vote par correspondance. La deuxième phrase du n° 2.3.3 recommandait jusqu'alors aux sociétés (par une « *Soll* -Vorschrift »⁸³⁹) de soutenir les actionnaires dans la procédure de mandat de représentation. Contre toute attente⁸⁴⁰, les rédacteurs ajoutèrent à cette recommandation le soutien au vote par correspondance⁸⁴¹. Si la faculté d'être représenté en assemblée est imposée par la loi, la faculté de voter par correspondance est seulement

⁸³⁶ Cf. K. VON DER LINDEN, « Wer entscheidet über die Form der Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung ? », *NZG*, 2012, p. 932 ; v. *infra*, « Le vote électronique par des moyens électroniques de télécommunication », § 519.

⁸³⁷ J. HIRSCHMANN, in W. HÖLTERS, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2014, « § 134 AktG », § 64.

⁸³⁸ À la suite de la recommandation émise entre autre par le DAV, *op. cit.* note 835, § 21.

⁸³⁹ V. *infra*, note 1199.

⁸⁴⁰ L'on s'attendait plutôt à ce que la Commission gouvernementale suive la proposition du Prof. U. Noack, consistant à recommander la mise en place du vote électronique lorsque les statuts le prévoient mais le conditionne à une décision du directoire : « *Die Regierungskommission Corporate Governance sollte sich der Sache annehmen und eine Empfehlung dahin aussprechen, die Briefwahl grundsätzlich dann zu offerieren, wenn die Satzung dafür die Grundlage geschaffen hat.* » in, U. NOACK, « Briefwahl und Online-Teilnahme an der Hauptversammlung: der neue § 118 AktG », *WM*, 49/2009, p. 2290 ; D. KOCHER, A. LÖNNER, « Anfechtungsrisiken durch die Briefwahlempfehlung des DCGK ? », *BB*, 15/2011, p. 908.

⁸⁴¹ N° 2.3.3 DCGK : « *Auch bei der Briefwahl und der Stimmrechtsvertretung soll die Gesellschaft die Aktionäre unterstützen* ».

autorisée et dépend de son acceptation par les statuts. La recommandation ne prétendait certes pas se substituer à la loi. Mais assez paradoxalement, elle ne recommandait pas *per se* l'introduction du vote par correspondance⁸⁴², pas plus qu'elle ne recommandait au directoire hésitant la mise en place du vote par correspondance en présence d'une autorisation statutaire. Elle invitait simplement le directoire à soutenir les actionnaires – de quelque manière que ce soit – en cas de mise en place d'une telle modalité conformément aux statuts⁸⁴³. En l'absence de toute précision spécifique au vote par correspondance, dans le code de gouvernement comme dans la loi, la marge de manœuvre du directoire dans le degré d'aide à apporter aux actionnaires était assez large, et pouvait au final se limiter au strict minimum⁸⁴⁴.

389. La polémique engendrée par cette modification réside dans l'obligation de justification publique lorsque les recommandations du DCGK ne sont pas suivies⁸⁴⁵, certains manquements à cette obligation étant susceptibles de fonder une action en nullité des résolutions votées⁸⁴⁶. Malgré les craintes de la pratique⁸⁴⁷, ni les sociétés dont les statuts ne prévoyaient pas encore de vote par correspondance, ni même celles dont les statuts en remettaient la décision au directoire n'eurent besoin de s'en justifier dans la déclaration annuelle de conformité avec le DCGK⁸⁴⁸. En réaction à ces discussions⁸⁴⁹, la recommandation fut supprimée⁸⁵⁰.

⁸⁴² U. HÜFFER, *op. cit.* note 755, « § 118 », § 8f ; F. KIMPLER, « Stimmrechtsausübung bei der HV – Briefwahl wegen neuem DCGK ? », *AG*, 2010, R434 ; M. LINNERZ, « Diversity und Briefwahl im neuen DCGK », *AG*, 2010, R345.

⁸⁴³ A. HECKER, M. PETERS, « Die Änderungen des DCGK im Jahr 2010 », *BB*, 38/2010, p. 2252.

⁸⁴⁴ *Ibidem*.

⁸⁴⁵ A. KEILUWEIT, « Die aktuellen Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex im Lichte aktienrechtlicher Vorgaben », *DStR*, 2010, p. 2254.

⁸⁴⁶ Cf. W. GOETTE, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 161 AktG », § 88 et s.

⁸⁴⁷ Cf. N. PASCHOS, « Briefwahl als Anfechtungsrisiko ? », *HV-Magazin*, 2011, p. 42 (« Standpunkt Briefwahl als Anfechtungsrisiko ? », *GoingPublic*, 4/2011, p. 66) ; T. WAGNER, « Präsenzerfassung und Abstimmung in Zeiten von Briefwahl und Online-Teilnahme Komplexität nimmt zu », *HV-Magazin*, 2011, p. 48.

⁸⁴⁸ F. KIMPLER, *loc. cit.* note 842 ; D. KOCHER, A. LÖNNER, *op. cit.* note 840, p. 909 ; M. LINNERZ, *op. cit.* note 842, R346.

⁸⁴⁹ A. HECKER, M. PETERS, « BB-Report zu den Änderungen des DCGK im Jahr 2012 », *BB*, 43/2012, p. 2641.

⁸⁵⁰ Elle n'apparaissait plus dans la version du 15 mai 2012 du DCGK ni dans sa version renumérotée (n° 2.3.2) du texte du DCGK du 13 mai 2013.

SECTION 2 - LES DISPOSITIFS PROPOSÉS PAR LA PRATIQUE FRANÇAISE

390. De nombreuses sociétés étrangères proposent des services de participation à distance⁸⁵¹, voir par *smartphone*⁸⁵², qui sont toutefois très largement limités à la transmission de consignes de vote à destination de mandataires (*proxy-voting*). Le marché allemand, composé d'acteurs de taille très différente, mêle opérateurs techniques et centralisateurs d'assemblée (telles que les sociétés ADEUS, C-HV, Registrar Services, Computershare). Ces plates-formes électroniques sont identiques à celles utilisées jusqu'alors pour la transmission d'instructions de vote, c'est-à-dire en matière de vote par procuration⁸⁵³. Elles sont avant tout pensées pour les sociétés cotées dont toutes les actions sont au nominatif – même si elles restent généralement ouvertes aux actionnaires au porteur ayant demandé une carte d'admission.

391. Avant de présenter les services actuellement proposés par certains acteurs de la place parisienne, *a priori* les plus évolués et les mieux intégrés de ceux répertoriés en Europe⁸⁵⁴ (§ 2), il apparaît utile de présenter les premiers pas du vote électronique français et les réflexions les ayant guidés (§ 1).

§ 1 - Les premiers pas du vote électronique

392. Deux initiatives nées parallèlement doivent être évoquées. L'une a été portée par une entreprise privée ambitieuse disposant de brevets mais n'étant pas parvenue à imposer ses vues aux institutions de la place (I). L'autre est encore plus théorique, plus institutionnelle, puisqu'il s'agit de la réflexion commune de l'Association nationale des sociétés anonymes (ANSA) et du Comité français d'organisation et de normalisation bancaires (CFONB) (II).

⁸⁵¹ Telles que Broadridge, ISS, RBS, Computershare, VP-Securities.

⁸⁵² CITI USA for ADS (Proxy-voting on smartphone).

⁸⁵³ Cf. M. HÖRETH, « Onlineteilnahme und Briefwahl im DAX und MDAX », AG, 2011, R300.

⁸⁵⁴ E. DE OURSAY, « Le vote pré-assemblée générale en Europe », Conférence, « VOTACCESS : Trois ans de mise en œuvre », Amphi AFTI (FBF, ANSA) du 18.06.2014.

I - Le *Vade mecum* ANSA-CFONB

393. L'ANSA est l'un des premiers organismes à s'être penché sérieusement sur les questions liées au vote électronique⁸⁵⁵. Intéressantes à ce stade sont les recommandations de l'ANSA et du CFONB dans l'accord de place de mai 2002 sur un *Vade mecum* relatif au vote par internet aux assemblées d'actionnaires. Ce document avait⁸⁵⁶ pour objet de « permettre la mise en œuvre d'un socle commun de règles pour le vote électronique pré-assemblée »⁸⁵⁷. Si l'accord de place se concentre exclusivement sur le vote pré-assemblée, l'ANSA complète le *Vade mecum* d'un dernier paragraphe consacré au vote électronique pendant l'AG, tout en notifiant qu'il « n'est pas inclus dans le champ de l'accord de place ». L'hypothèse du vote en direct est donc évoquée et commentée en 2002, mais non recommandée « dans l'immédiat ».

394. L'accord de place propose deux modèles assez proches. Le site internet évoqué par le décret d'application de la NRE est tenu dans les deux cas par le centralisateur de l'assemblée, c'est-à-dire soit par l'émetteur lui-même soit par son mandataire. Dans les deux modèles, les actionnaires au nominatif pur reçoivent les codes d'accès nécessaires à leur identification sur la plate-forme de vote dans la lettre de convocation. La différence entre les deux modèles réside en effet principalement dans la procédure d'identification de l'actionnaire au porteur.

Le premier modèle propose que les codes d'accès au site du centralisateur soient alloués par les teneurs de compte à leurs clients intéressés par le vote en ligne. Ces codes sont bien sûr communiqués au préalable au centralisateur qui gère le site. Les actionnaires ayant voté, le centralisateur reçoit *a posteriori* le certificat d'immobilisation (nécessaire à cette époque) transmis par le teneur de compte, le cas échéant par l'intermédiaire du réseau SWIFT.

⁸⁵⁵ En 1994, on l'interrogeait sur la possibilité de tenir des assemblées « dans plusieurs pièces d'un immeuble reliées par un système de télévision interne et de micros » (ANSA, « Tenue des assemblées dans des pièces distinctes », n° 2 744, CJ n° 214, 02.11.1993). Alors que la doctrine refusait le duplex dans différentes villes, la retransmission dans un même immeuble ne soulevait pas de difficultés juridiques particulières, à condition que l'on permette à tous les actionnaires de prendre part aux débats de manière fiable ce qui, d'un point de vue technique, semblait susciter une certaine appréhension (J. BURGARD, « Les assemblées en duplex », *Rev. sociétés*, 1973, p. 293). En 2000, l'ANSA se félicitait que la « réforme législative qu'elle avait proposée dans son rapport ait été en substance, quoique sous une forme différente, reprise par le projet de loi NRE » (ANSA, n° 3 031, juil. 2000, p. 8). En 2001, l'on s'interrogea sur la légalité de ne réserver le vote électronique qu'à une certaine catégorie d'actionnaires (explicitement déconseillé : ANSA, n° 3100, CJ n° 632, 07.11.2001). Les années suivantes, l'on discuta intensivement de la signature électronique, de l'identification des actionnaires, des actionnaires non-résidents, de la directive « actionnaires » et des décrets d'application de la loi française.

⁸⁵⁶ L'imparfait s'explique par le fait qu'un nouvel accord de place a été trouvé et que ces modèles proposés ne sont plus d'actualité.

⁸⁵⁷ ANSA-CFONB, « Accord de place sur un *Vade mecum* », n° 3104, mai 2002.

Le second modèle, proposé en collaboration avec l'AFTI, invite à ce que l'actionnaire au porteur se connecte au site global du centralisateur par l'intermédiaire du site internet de son teneur de compte sur lequel il remplit son formulaire électronique de vote. Après vérification, le teneur de compte en question transmet au centralisateur le formulaire accompagné du certificat d'immobilisation (aujourd'hui l'attestation d'inscription en compte).

Ce dernier modèle préfigure la solution retenue par l'AFTI lors de son appel d'offre qui lancera la plate-forme *Votaccess*. Avant d'étudier cet instrument, il faut présenter un concept plus ancien, celui de la plate-forme *Directvote*, qui ne connaîtra pas, pour diverses raisons, le succès escompté.

II - Le concept *Directvote*

395. Pensé de longue date et mis en service en septembre 2009, le dispositif *Directvote*⁸⁵⁸ a suscité autant d'attaques que de sympathie. A défaut d'avoir vu le jour dans l'ampleur espérée, le concept de M. P.-H. Leroy a évidemment inspiré la plate-forme plébiscitée aujourd'hui par la place parisienne.

Il s'agit d'une plate-forme électronique de vote par correspondance comportant deux volets. Le premier, le seul ayant été mis en pratique, consiste à générer ou à numériser un formulaire de vote AFNOR classique⁸⁵⁹, afin de le transmettre par voie postale ou électronique au dépositaire de compte qui attestera la détention des titres au porteur, ou directement au conservateur chargé par la société anonyme en cas d'actions au nominatif (B). Le second volet, la vision originale protégée par un brevet accordé en France et aux États-Unis d'Amérique et faisant l'objet d'une procédure pendante à Munich⁸⁶⁰, est un dispositif de vote électronique pré-assemblée supposant un accord entre *Directvote*, les émetteurs et les intermédiaires (C). C'est l'accès libre à la plate-forme qui fait la force du concept (A).

⁸⁵⁸ [directvote.fr].

⁸⁵⁹ V. *infra*, « Le formulaire AFNOR et le formulaire électronique », § 429.

⁸⁶⁰ P.-H. LEROY, « Procédé et système de vote permettant aux actionnaires d'une société de voter électroniquement à distance aux assemblées », INPI Paris, publication n° 2816424, G06f19/00, 18.04.03 ; US Patent n° US 7,577,603 B2, 18.08.2009 ; OMPI, EP1334422, 13.08.2003, demande n° WO2001FR03424.

A) L'interface utilisateur

396. Le site internet *Directvote* est ouvert à tous : c'est sa caractéristique principale⁸⁶¹. La page d'accueil destinée au public présente un tableau indiquant les assemblées générales à venir des sociétés françaises cotées. Leur ordre d'apparition est chronologique et suit la date de l'assemblée. Le tableau indique ensuite s'il s'agit d'une assemblée ordinaire ou mixte, si l'ordre du jour a été annoncé, quelle est la date d'enregistrement à l'assemblée, et si le vote pré-assemblée est ouvert.

L'utilisateur est invité à sélectionner la société à laquelle il s'intéresse. Il est ainsi conduit sur une nouvelle page consacrée entièrement à cette société. Il y apprend le lieu, l'horaire de l'assemblée et la date limite de réception du bulletin de vote. Une case offre le choix entre la demande de carte d'admission, le vote par correspondance ou, le cas échéant, le vote électronique. Si l'option « vote à distance » est sélectionnée, une seconde case permet à l'utilisateur de choisir de donner pouvoir au président, de donner une procuration à un tiers, ou de voter en personne résolution par résolution.

La liste des résolutions à l'assemblée de la société est présentée dans un tableau permettant pour chacune de voter « oui », « non » ou de s'abstenir – ce qui en droit français, vaut toujours comme un vote « contre », malgré les recommandations de l'AMF de 2012⁸⁶². Sur demande des émetteurs, un bouton de commande offrant la possibilité de répondre oui à tous les projets de résolution fut introduit⁸⁶³. Le site ne reproduit pas les termes des résolutions dans leur intégralité, mais en propose un résumé, résolution par résolution. L'accès aux résolutions originales est permis de manière permanente par un lien direct vers la convocation à l'assemblée mise en ligne sur le site internet du BALO, ainsi que par un lien vers la page consacrée à l'assemblée sur le site de la société. Une fois toutes les cases cochées, la plate-forme permet d'enregistrer ses votes.

Une nouvelle page permet alors de s'identifier. Pour cela, l'utilisateur peut créer son profil compte ou s'identifier s'il possède déjà un tel compte. Il peut enfin aussi entrer un code d'accès qui lui aura éventuellement été communiqué par la société ou le centralisateur de l'assemblée. Une fois l'utilisateur identifié, une page rappelle les informations du profil de

⁸⁶¹ Nous parlerons alors d'utilisateur, et non d'actionnaire, car le site est utilisable dans un premier temps sans aucune identification particulière.

⁸⁶² Art. L. 225-107 I 2 C. com., art. R. 225-76 C. com., cf. Rapport AMF, O. POUPART LAFARGE (dir.).

⁸⁶³ Cela permet non seulement d'économiser de précieuses secondes, mais aussi de libérer l'actionnaire de la lecture de résolutions aux tournures ingrates.

l'utilisateur, ainsi que ses informations bancaires, à savoir le nom et l'adresse de son teneur de compte.

Après avoir validé les informations, une nouvelle page demande d'indiquer le nombre d'actions donnant droit de vote ainsi que l'autorisation de communiquer les votes à la société émettrice. Un rappel du mode d'envoi du vote est affiché ainsi qu'un rappel des votes effectués résolution par résolution. Enfin, une case à cocher permet de confirmer que l'utilisateur a pris connaissance des conditions d'utilisation du formulaire de vote – et non des conditions d'utilisations du site *Directvote* – qui consistent en un rappel de la réglementation identique à celui que l'on retrouve au verso du formulaire AFNOR de vote par correspondance. C'est en poursuivant la procédure indiquée à l'écran que sera mis en route, selon le mode d'envoi choisi, l'un des deux volets évoqués, à savoir la numérisation d'un formulaire, ou l'envoi d'un « bulletin électronique » électronique.

B) Numérisation de la procédure papier

397. Le seul volet ayant été mis en pratique, faute d'accord avec les émetteurs et les teneurs de compte, est la création d'un bulletin sous forme électronique, au format PDF. Le bulletin est rempli automatiquement avec les informations données précédemment par l'utilisateur. Le formulaire standardisé est ensuite librement envoyé au centralisateur de l'assemblée présenté dans la lettre de convocation, qui exige en règle générale un formulaire papier et non un document électronique. Le bulletin de vote en question peut aussi, et c'est à cette fin qu'il fut créé, être envoyé au teneur de compte de l'actionnaire au porteur qui n'est pas informé directement de la tenue de l'assemblée et qui ne reçoit donc pas automatiquement de formulaire de vote par correspondance. Selon les établissements, ces formulaires sont acceptés par voie postale et/ou électronique. L'établissement teneur de compte enverra à son tour le formulaire accompagné de l'attestation de participation à l'émetteur, par voie postale ou par voie électronique selon les capacités de traitement du centralisateur de l'assemblée.

398. L'opération fut critiquée par l'ANSA, qui estimait en 2009 que le formulaire de vote par correspondance diffusé sur internet « devrait émaner de l'émetteur ou être validé par lui »⁸⁶⁴. L'attaque la plus directe vint, en octobre de la même année, de la société Pernod Ricard, par une plainte devant l'AMF, dans laquelle le directeur général M. P. Pringuet contesta la régularité de cette procédure, tout en requérant la suspension de l'activité du site

⁸⁶⁴ B. DE ROULHAC, « Proxinvest et l'Adam militent pour le vote gratuit et direct », *agefi.fr*, 29.10.2009.

*Directvote*⁸⁶⁵. Il critiqua de plus la présentation résumée des résolutions, constituant d'après lui certaines inexactitudes. M. Leroy, créateur de la plate-forme, voit dans ces attaques la marque des banques intermédiaires, qui n'apprécièrent pas que leur nouveau rôle soit limité à l'identification de l'actionnaire⁸⁶⁶. M. Leroy n'hésitera pas en outre à dénoncer un climat d'hostilité des banques et des dirigeants à l'encontre du « développement du rôle de l'actionnaire dans notre économie »⁸⁶⁷. Quant aux critiques relatives à la fiabilité technique et à la sécurité du dispositif, d'aucuns y voient la crainte des dirigeants envers « la masse de moins en moins silencieuse des petits porteurs »⁸⁶⁸.

L'AMF ne put que regretter l'incertitude juridique entourant ce volet du dispositif de *Directvote*. Loin de s'y opposer, elle appela à la concertation des parties et des acteurs de la place, se déclarant « favorable à toutes les initiatives qui facilitent l'exercice du droit de vote des actionnaires », « et notamment le vote à distance *via internet* »⁸⁶⁹. Après une courte période de suspension⁸⁷⁰, le service fut remis en ligne. Au delà des désagréments et des petites histoires, cette affaire eut le mérite de faire parler du vote électronique des actionnaires. Proxinvest, avec le soutien moral de l'ADAM, lança une pétition en ligne en faveur du vote électronique des actionnaires afin d'inciter les acteurs de la place et les pouvoirs publics à agir⁸⁷¹.

399. L'ambition du projet ne se limite pas à la création semi-automatique de bulletin de vote à imprimer. C'est plutôt par défaut de signature avec les émetteurs et intermédiaires que ce volet fut développé. L'idée d'origine était bien de faire voter les actionnaires à l'écran et de leur épargner toute formalité.

⁸⁶⁵ D. PELLE, « Pernod Ricard ne goûte guère le vote en ligne », *challenges.fr*, 05.11.2009 (inaccessible).

⁸⁶⁶ La rumeur, largement reprise dans la presse spécialisée, parle de conflits procéduriers en réponse aux apostrophes de M. P.-H. Leroy à l'encontre de l'équipe dirigeante du groupe Pernod Ricard.

⁸⁶⁷ Y. LE GALES, « L'Adam et Proxinvest lancent une pétition pour le vote des actionnaires sur internet », 28.10.2009.

⁸⁶⁸ J.-B. COTREUIL, « Le vote par internet pour prévenir la délinquance patronale », Rubrique « Vie quotidienne », *MoneyWeek*, n° 64, 07.01.2010 (inaccessible).

⁸⁶⁹ B. DE ROULHAC, *loc. cite* note 864 ; D. PELLE, *loc cite* note 865.

⁸⁷⁰ Due pour certains à la « frilosité » de l'AMF qui ne prit pas clairement position, Cf. P.-H. LEROY, « Confiance et indépendance pour les actionnaires », *lesechos.fr*, 20.11.2009.

⁸⁷¹ [directvote.fr/wwwPublic/petition.aspx].

C) Le « bulletin électronique »

400. Le dispositif est adapté aux particularités de l'actionnariat. Le procédé est ainsi différent qu'il s'agisse de faire voter un actionnaire au nominatif ou un actionnaire au porteur⁸⁷².

401. L'actionnaire au nominatif se voit transmettre par l'émetteur un code d'identification confidentiel qui lui permet de s'identifier auprès de la plate-forme électronique *Directvote*, le collecteur de vote. Le collecteur enregistre les informations personnelles de l'actionnaire, ses orientations de vote ainsi que le code d'identification confidentiel, et les transmet par voie électronique au centralisateur de l'assemblée. Le centralisateur valide alors les orientations de vote en associant, après comparaison des codes d'identification qu'il a générés à ceux qu'il a reçus du collecteur, le nombre de voix aux nombres d'actions détenues.

Ce dispositif est simple, rapide, fonctionnel, aisé à mettre en place. Il est peu coûteux et d'autant moins si la convocation, accompagnée automatiquement des identifiants confidentiels, est transmise par voie électronique.

402. À l'opposé, le procédé proposé pour les actionnaires au porteur est plus complexe. L'actionnaire au porteur transmet au collecteur par l'intermédiaire de la plate-forme électronique des identifiants personnels, ses intentions de vote ainsi que le nom de son institut financier teneur de compte. Le collecteur enregistre les informations précédentes et génère une « clé de vote d'identification » associée aux orientations de vote. L'ensemble de ces informations est ensuite transmise au centralisateur de l'assemblée, qui attendra l'attestation de participation de la part du teneur de compte. Pour cela, le collecteur transmet au teneur de compte, par voie électronique, une demande d'attestation de participation, accompagnée du nombre d'actions concernées et de la clé de vote d'identification précitée. Le teneur de compte transmet alors au centralisateur une attestation de participation pour le nombre d'actions indiqué par l'actionnaire, accompagnée de la clé de vote d'identification. Enfin, le centralisateur valide les orientations de vote en associant la clé reçue par le collecteur (liée aux instructions de vote) à la clé reçue par le teneur de compte (liée à l'attestation de participation).

⁸⁷² La présentation suivante des procédés reprend les grandes lignes du brevet d'invention déposé à l'INPI en novembre 2000 et accordé en avril 2003, v. *supra*, note 860.

Deux remarques s'imposent. D'une part, l'institut financier n'a à aucun moment connaissance des orientations de vote de l'actionnaire. Les instructions de vote ne transitent pas par le réseau interbancaire SWIFT, coûteux et sans réelle plus-value de sécurité et de rapidité. D'autre part, l'émetteur ne connaît de la hauteur de la participation de l'actionnaire que ce que l'actionnaire a décidé d'indiquer – au-delà, bien sûr, des obligations légales de déclaration de franchissement de seuil. Bien qu'ayant reçu l'aval du comité juridique de l'ANSA, le projet a souffert des résistances des établissements bancaires⁸⁷³.

§ 2 - Les offres des acteurs de la place

403. Les acteurs de la place s'attachèrent à mettre en place une solution, peut-être moins indépendante, mais mieux intégrée à la chaîne de transmission des informations. D'aucuns regrettaient en effet que les systèmes proposés imposent toujours à l'actionnaire de « s'armer de patience : une fois connecté sur le site dédié au vote électronique, il lui faut attendre que son teneur de compte envoie une attestation de participation confirmant l'identité de l'actionnaire et le nombre de titres détenus. [...] Une procédure très éloignée de la réputation de rapidité et de proximité d'internet. »⁸⁷⁴ Si les centralisateurs d'assemblée, généralement aussi mandatés pour la tenue du compte de titres au nominatif des sociétés, mirent assez aisément en place leur propre plate-forme de vote électronique (I), les actionnaires au porteur durent attendre la mise en route de la plate-forme *Votaccess*, née d'un accord de place sous la tutelle de l'Association française des professionnels des titres (II).

I - Les offres des centralisateurs

404. Trois dispositifs ont été mis en place en France : *GISproxy* de BNP Paribas Securites Services, *OLIS-Actionnaire* de CACEIS Corporate Trust, et *Voxaly* en collaboration avec Société Générale Securities Services (SGSS). Ces sociétés ont un statut particulier faisant d'elles des partenaires privilégiés des émetteurs. Elles sont premièrement détenues en totalité par les banques mères dont elles portent le nom. Ces banques sont les teneurs de compte pour une importante part des actions en circulation sur le marché. BPSS et CACEIS Corporate et

⁸⁷³ Peut-être a-t-il souffert de son origine, une société de conseil en vote et donc orientée. Éventuellement, enfin, des sarcasmes et admonestations de son auteur à l'égard des dirigeants des sociétés anonymes, c'est-à-dire à l'égard de clients potentiels.

⁸⁷⁴ A. LAMBERT, « Assemblées générales, le long chemin vers le vote électronique », *agefi.fr*, 21.10.2010.

SGSS tiennent de plus des registres d'actionnaires au nominatif. Elles gèrent les plates-formes de gestion de titres et d'information. Enfin, elles sont mandatées par les sociétés pour jouer le rôle de centralisateur des assemblées générales. Pour résumer, ces entreprises sont présentes à tous les étages et étaient *de facto* les mieux placées pour créer les premières plates-formes de vote pour les actionnaires.

405. C'est en tant que centralisateur d'assemblée générale que ces entreprises permettent à leurs clients émetteurs le vote en ligne des actionnaires. Les sites internet dédiés sont donc tenus par les centralisateurs, comme cela était recommandé dans l'accord de place ANSA-CFONB précité⁸⁷⁵. Le vote pré-assemblée des actionnaires au nominatif pur, ou administré, ne pose pas de difficulté particulière. L'actionnaire se connecte au site internet désigné sur la lettre de convocation grâce à l'identifiant et au mot de passe également communiqués. La procédure à suivre pour les actionnaires au porteur diverge quant à elle des deux solutions de l'accord ANSA-CFONB. L'actionnaire au porteur souhaitant voter en ligne devra, selon la formule consacrée dans les lettres de convocations, demander à l'établissement qui assure la tenue de son compte titres d'établir une attestation de participation (pour la quantité qu'il propose) et de lui indiquer son adresse électronique⁸⁷⁶, voire son numéro de téléphone portable⁸⁷⁷. La convocation explique ensuite à l'actionnaire que son teneur de compte transmettra l'attestation de participation ainsi que l'adresse électronique au centralisateur⁸⁷⁸. Ce dernier communiquera alors par voie électronique un identifiant permettant de se connecter au site dédié de l'assemblée. Pour les prochaines assemblées générales, l'actionnaire garde ses identifiants et mot de passe.

406. Si BPSS n'évoque pas la question du mot de passe, assurément envoyé avec l'identifiant par voie électronique, CACEIS propose quant à elle de transmettre le mot de passe par message texte (SMS) sur le téléphone portable de l'actionnaire. Cette méthode, régulièrement utilisée dans le milieu bancaire pour la transmission d'un numéro d'authentification (TAN), est appropriée et ne constitue pas un obstacle à une identification simple de l'actionnaire, car elle est tout aussi rapide que la voie électronique. Elle augmente la sécurité de la connexion en diversifiant l'accès aux différentes données d'identification.

⁸⁷⁵ V. *supra*, « Le Vade-mecum ANSA-CFONB », § 393.

⁸⁷⁶ Ex. France Telecom, « Convocations, assemblées d'actionnaires et de porteurs de parts », BALO, bull. n° 40, 04.04.2011.

⁸⁷⁷ Exigence posée par Caceis que l'on ne retrouve pas chez BPSS.

⁸⁷⁸ En l'occurrence BNP Paribas Securities Services.

L'avantage tend cependant à disparaître avec le développement des téléphones et tablettes portables⁸⁷⁹ cumulant un accès téléphonique et internet⁸⁸⁰.

À la suite de l'identification, la procédure est la même pour tous les actionnaires. Ils sont invités à suivre les indications à l'écran afin de lire les résolutions, confirmer ou révoquer un mandat, voter, etc.

II - L'accord de place : la plate-forme *Votaccess*

407. Tant que le vote électronique n'est pas encore connu de tous, la diversification des dispositifs est contre-productive. Le manque de transparence de ces offres n'encourage pas les sociétés émettrices à se lancer dans le vote électronique. L'investisseur disposant d'un portefeuille d'actions – par nature diversifié – devrait se familiariser avec plusieurs dispositifs, ce qui n'inciterait pas l'actionnaire, aussi craintif que passif, à aller voter sur chaque plate-forme dédiée. Face à ce constat, l'AFTI a réuni les acteurs concernés pour lancer un appel d'offres début 2010 afin de désigner le prestataire le plus à même de créer et de gérer une plate-forme électronique de collecte des votes. La société SLIB, entreprise d'ingénierie financière, filiale de Natixis⁸⁸¹, fut choisie en avril de la même année « à l'issue d'un processus de sélection rigoureux »⁸⁸², alors qu'elle ne proposait jusqu'alors aucun service du genre. En décembre, les tests commençaient. Ils prirent fin dans les temps en octobre 2011. L'offre de la place se situe certes dans un domaine concurrentiel. Si les offres particulières des différentes filiales de banques membres de l'AFTI n'ont pas encore cédé le pas, elles ont manifestement vocation à disparaître. On constate en effet que le passage à *Votaccess* se fait en douceur. En 2012, « l'an un » du vote électronique par *Votaccess* (et non « du vote électronique à la française »⁸⁸³), les centralisateurs ont continué de proposer les services

⁸⁷⁹ Les « terminaux de poches » selon le vocable officiel, cf. CGTN, *Vocabulaire des télécommunications*, JORF 27.12.2009, p. 22537.

⁸⁸⁰ Si un individu ou un système automatisé malveillant s'introduit dans le terminal, il aura accès avec la même aisance aux messages électroniques qu'aux messages textes. La fiabilité de ces téléphones portables est de plus en questionnement permanent. Par ailleurs, la voie téléphonique a un coût dont la voie électronique se fait fi. Ces coûts tendent cependant à fortement diminuer au point de ne plus constituer un critère inhibant : l'ARCEP prévoyait en 2010 un plafond tarifaire de gros du SMS à 1 cent dès le 1^{er} juillet 2012, « Décision portant sur la définition des marchés pertinents de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles en métropole et en outre-mer... », n° 10-0892, 22.07.2010.

⁸⁸¹ M. ROSEMAIN, « Vote en ligne : bientôt une solution pour les petits porteurs », *lesechos.fr*, 31.04.2011.

⁸⁸² S. VERNET-GRUOT, « Droit de vote pré-assemblée générale par des moyens électroniques », *Colloque Les mutations du droit de vote dans les SA*, 13.10.2011, *Journal des sociétés*, p. 46.

⁸⁸³ A. LAMBERT, « 2012, l'année du vote électronique à la française », *agefi.fr*, 29.03.12.

précités. Les cinq sociétés anonymes françaises ayant proposé le service *Votaccess*⁸⁸⁴ ont ainsi gardé, parallèlement, le service que leur centralisateur proposait les années précédentes. Cela est assurément plus un choix du centralisateur que de l'émetteur. Il ne s'agit pas d'une résistance des centralisateurs, ou d'une tentative de rentabiliser – et l'on verrait mal comment, au demeurant – des services très jeunes ayant eu un coût certain de développement. Les convocations de ces cinq sociétés qui, il y a encore quelques années, ne proposaient pas de participation électronique, comportent désormais deux paragraphes distincts énonçant, premièrement, la procédure à suivre pour utiliser les plates-formes électroniques de vote des centralisateurs puis, secondement, la procédure à suivre pour utiliser *Votaccess*⁸⁸⁵. Durant cette phase de mise à l'épreuve, les « anciennes » plates-formes des centralisateurs étaient clairement destinées aux actionnaires au nominatif, tandis que la plate-forme *Votaccess* est, de par son infrastructure, directement tournée vers les actionnaires au porteur. De fait, il apparaît que l'accès des actionnaires au nominatif à la plate-forme *Votaccess* continuera à se faire après identification sur le site internet des centralisateurs.

408. Pour la saison des assemblées générales de 2012, la plate-forme ne connut qu'un succès modéré en terme de participation, avec environ 15000 votes. « Notre but est de collecter entre 1 et 4 millions de votes par an », explique M. P. Cagnet, directeur général de SLIB. « Actuellement, lorsqu'on regarde l'ensemble des coûts d'une [assemblée générale], on est à plusieurs dizaines d'euros par vote en moyenne. L'objectif est que le coût de la plate-forme *Votaccess* soit ramené à moins de 1 euro par vote. Nous comptons pour cela sur l'effet d'échelle »⁸⁸⁶. Cet effet d'échelle n'aura lieu que si l'offre est concentrée chez un seul prestataire. Le point fort de cette démarche est d'être le résultat d'un consensus relativement large entre régulateur, émetteurs, centralisateurs et teneurs de compte. Actuellement, le dispositif est proposé aux sociétés cotées sur Nyse Euronext France. Il est prévu que l'offre soit élargie aux valeurs européennes. Cette étape dépendra du succès du projet en France et de sa force de conviction parmi les acteurs des autres places financières européennes intéressées,

⁸⁸⁴ Vivendi SA, GDF Suez SA, Danone, EDF SA, Suez Environment SA.

⁸⁸⁵ Sur les dix pages de la convocation aux AG d'EDF, par exemple, une page entière est consacrée au vote électronique : « II. Mode de participation à l'Assemblée Générale / 3. Vote par correspondance ou par procuration par voie électronique (hors plate-forme *Votaccess*) / 4. Actionnaires au porteur : utilisation de la nouvelle plate-forme *Votaccess* », BALO, Convocations, Bull. n° 28, 05.03.2012.

⁸⁸⁶ M. ROSEMAIN, *loc. cit.* note 881.

où d'autres dispositifs sont parfois déjà proposés⁸⁸⁷. Le développement de la plate-forme est toutefois remarquable : « En 2014, 42 émetteurs, dont les 2/3 des sociétés du CAC 40, ont utilisé *Votaccess* lors de 45 assemblées générales contre 25 émetteurs en 2013 et 6 en 2012. Les résultats en termes de vote par correspondance collectés sont passés de 13 000 en 2012 à 210 000 en 2014 »⁸⁸⁸.

409. Le fonctionnement est très simple pour l'actionnaire. Il s'agit pour lui de s'identifier sur le site internet de son teneur de compte-titres. Il s'agit soit de son intermédiaire financier proposant en général des services de bourse en ligne, soit de l'entreprise tenant le registre des actions au nominatif pour le compte de la société et correspondant généralement au centralisateur de l'assemblée. Une fois connecté, l'actionnaire est informé sur son relevé de compte de la tenue d'une assemblée générale par un « drapeau » face au titre concerné. Un lien dirige ainsi pour chaque assemblée acceptant un vote électronique vers la plate-forme de vote *Votaccess*. Si la vérification de la quantité de titres détenus par l'actionnaire au porteur et du nombre de voix attachées est l'obstacle traditionnel du vote à distance, l'information est en l'occurrence transmise par le teneur de compte à la plate-forme *Votaccess* par la voie électronique du réseau interbancaire⁸⁸⁹. L'intermédiaire financier atteste en effet automatiquement le nombre d'actions possédées et le nombre de voix y étant attachées auprès de la plate-forme, qui transmet ces informations au centralisateur de l'assemblée en accompagnement du formulaire électronique rempli en ligne.

410. Le dispositif *Votaccess* permet à l'actionnaire d'exprimer ses instructions de vote, de donner ou de révoquer un mandat à un tiers ou au président, de demander une carte d'admission, de faire une demande de documentation, de répondre aux questions complémentaires éventuellement posées par l'émetteur et d'imprimer une attestation de son

⁸⁸⁷ Au Luxembourg ou en Suisse, par exemple, cf. E. DE OURSAY, « Le vote pré-assemblée générale en Europe », Conférence, « VOTACCESS : Trois ans de mise en œuvre », Amphi AFTI (FBF, ANSA) du 18.06.2014.

⁸⁸⁸ Données *Votaccess*, citées par l'AMF in, *Mise en œuvre des propositions du rapport de l'AMF de 2012 sur les assemblées générales d'actionnaires des sociétés cotées*, 11.02.2015, p. 38.

⁸⁸⁹ Les informations transmises par les actionnaires ont vocation à se normaliser et à transiter par le réseau interbancaire SWIFT (Conférence, « VOTACCESS : Trois ans de mise en œuvre », Amphi AFTI (FBF, ANSA) du 18.06.2014). Or l'on sait, d'une part, que les autorités américaines y ont quasi-librement accès depuis les accords conclus avec la Commission européenne relatifs à la lutte contre le financement du terrorisme. L'État américain, chantre du capitalisme, n'en est pas moins un État actionnaire. Aussi est-il permis de s'interroger, sans vouloir donner crédit à quelque discours conspirationniste que ce soit, sur la nécessité de faire transiter des orientations de vote, c'est-à-dire des informations n'étant pas de nature financière, par un procédé auquel un actionnaire particulier et influent est susceptible d'avoir accès. Enfin, cette voie entraîne des coûts supplémentaires indexés sur les flux utilisés.

instruction de vote. Le dispositif a aussi vocation à récupérer les formulaires papier de vote par correspondance (VPC). Ces formulaires VPC, dont la forme est standardisée⁸⁹⁰, sont numérisés par le teneur de compte et transmis par voie électronique à *Votaccess*⁸⁹¹.

Conclusion intermédiaire

411. Il sera intéressant d'observer, à l'avenir, le rôle des teneurs de compte. Seront-ils officiellement chargés de l'information de la tenue des assemblées générales auprès des actionnaires dont ils conservent les titres ? Cela représente certes une charge, qui s'ajoute au demeurant à celle liée aux demandes d'identification des actionnaires auprès du centralisateur. Une charge modeste cependant, que les banques membres de l'AFTI semblent être prêtes à supporter. L'AMF pourrait ainsi se prononcer sur une éventuelle obligation des teneurs de compte à informer les actionnaires de la tenue d'une assemblée générale par la présence dudit « drapeau » ou par l'envoi automatique d'un message électronique aux détenteurs des actions concernés entre le jour de la publication de la convocation au BALO et la date d'enregistrement. Il faudra enfin observer si les « drapeaux » annoncés sur les relevés de compte-titres seront systématiquement présents dès qu'un émetteur utilisera la plate-forme *Votaccess*, et notamment chez les intermédiaires financiers étrangers.

SECTION 3 - LE FORMULAIRE DE VOTE A DISTANCE

412. La loi allemande comme la loi française évoquent un formulaire de vote par correspondance. Mis à part ce qui a trait à l'accès aux formulaires (§ 1), peu d'informations

⁸⁹⁰ Cf. ANSA, « Formulaire AFNOR », n° 3105, mai 2002.

⁸⁹¹ Les ambitions du projet et les conséquences sur l'organisation du « marché des assemblées » qu'elles sont susceptibles d'entraîner sont intéressantes. D'après l'AFTI, le dispositif « a vocation à être le réceptacle unique de toutes les instructions de vote exprimées avant l'assemblée » (S. VERNET-GRUOT, *op. cit.* note 882, p. 47). Or les établissements centralisateurs sont dans la majorité des cas tout à la fois les établissements teneurs de compte (grandes banques) ou leur filiale. Imaginons ainsi qu'un individu dispose d'actions au porteur sur un compte tenu par la BNP. Le centralisateur de l'assemblée de la société est une filiale de la BNP, à savoir BPSS. L'actionnaire souhaite voter par correspondance mais non sur internet. Après l'avoir téléchargé ou reçu par voie postale, l'actionnaire renvoie le formulaire VPC complété à son intermédiaire financier. Ce dernier, la BNP, numérise le document et transmet les informations à *Votaccess*. Une fois la date d'enregistrement dépassée, BPSS récupère alors ces votes traités par *Votaccess*. Cela donne certes à *Votaccess* la possibilité de traiter tous les votes, d'effectuer des statistiques et autres référencements. Mais quelle est la plus-value ?

en ressortent toutefois. D'autres types de normes fixent les règles relatives au contenu des formulaires, à leur forme et leurs modalités d'envoi (§ 2), ainsi qu'à la faculté de les corriger une fois transmis à la société (§ 3).

§ 1 - L'accès au formulaire

413. La directive « actionnaires » du 11 juillet 2007 dispose en son article 5 § 3 point b) iii) que la convocation doit au moins contenir « une description claire et précise des procédures que les actionnaires doivent suivre pour être en mesure de participer et de voter à l'assemblée générale », description incluant des informations « le cas échéant, les procédures permettant de voter par correspondance ou par voie électronique ». La directive n'évoque pas ici de formulaire de vote par correspondance (contrairement au formulaire de vote par procuration), qui ne doit donc pas être annexé par la société aux convocations.

414. Le § 4 point e) dudit article précise que le site internet de la société cotée doit, « le cas échéant »⁸⁹², donner accès au plus tard à J-21 aux « formulaires à utiliser pour voter par procuration et pour voter par correspondance, sauf si ces formulaires sont adressés directement à chaque actionnaire ». La directive poursuit en déclarant que lorsque « les formulaires visés au point e) ne peuvent être rendus accessibles sur l'internet pour des raisons techniques, la société indique sur son site internet comment obtenir ces formulaires sur papier. Dans ce cas, la société est tenue d'envoyer les formulaires par le service postal et sans frais à chaque actionnaire qui en fait la demande. »

415. La faculté de voter par correspondance étant imposée aux sociétés françaises, il n'est pas surprenant que la partie réglementaire du Code de commerce (II) s'arrête plus longuement que l'*Aktiengesetz* sur les modalités d'accès au formulaire de vote à distance (I).

I - Droit allemand

416. La loi allemande dispose simplement au § 124a I n° 5 AktG que les formulaires à utiliser pour le vote par correspondance doivent être publiés sur le site internet de la société

⁸⁹² L'expression « le cas échéant » (*gegebenfalls*) rappelle que ces modalités de vote restent facultatives dans la plupart des législations européennes.

cotée, à moins qu'ils n'aient été directement transmis à tous les actionnaires. Le principe de cette disposition est repris au n° 3.3.1 DCGK sans précision additionnelle. Le législateur allemand s'est refusé à reprendre l'hypothèse (jugée improbable) de l'impossibilité de publier le formulaire en ligne⁸⁹³ présentée dans la directive.

417. L'*Aktiengesetz* n'exige pas que la convocation contienne le formulaire de vote par correspondance. La convocation de sociétés cotées doit simplement contenir les informations relatives à la procédure de vote par correspondance. Il est au demeurant surprenant que cette obligation d'information du § 121 III 2. b) AktG – introduite par l'ARUG sur le modèle de la directive – ne s'adresse qu'aux sociétés cotées, alors même que le vote par correspondance est offert sans distinction aux sociétés non cotées par le § 118 II AktG.

418. En pratique, les « *Briefwahlformulare* » sont certes accessibles sur le site internet de la société, mais ils sont aussi généralement envoyés aux actionnaires, malgré le silence de la loi. Dans les sociétés dont toutes les actions sont nominatives et prévoyant un vote par correspondance, les formulaires de vote à distance sont en général transmis aux actionnaires avec la convocation. Le formulaire est ainsi envoyé sous forme papier en cas de convocation par voie postale. Les actionnaires ayant opté pour une convocation par voie électronique recevront éventuellement un formulaire sous forme de fichier informatique qu'ils pourront imprimer voire renvoyer par messagerie électronique. Les sociétés offrant une plate-forme de vote électronique à travers un site internet mis en place par leur centralisateur d'assemblée ne transmettent pas de formulaire à proprement parler, elles y donnent accès en communiquant l'adresse du site internet où l'actionnaire pourra le remplir après s'être identifié. Les actionnaires au porteur auxquels la convocation est retransmise par leur intermédiaire financier (§ 128 AktG⁸⁹⁴) pourront éventuellement recevoir le formulaire par voie postale ou électronique.

Le formulaire est principalement transmis à l'actionnaire en réponse à sa demande de carte d'admission. Il recevra de plus une carte d'admission à l'assemblée comportant les identifiants nécessaires à l'accès, le cas échéant, au site internet permettant de voter en ligne.

⁸⁹³ « *Derartige Schwierigkeiten sind [...] kaum denkbar* », RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 30.

⁸⁹⁴ V. Glossaire, « La retransmission des informations aux actionnaires au porteur », § 684.

II - Droit français

419. Le droit français reprend plus fidèlement que le droit allemand les termes de la directive européenne. L'avis de réunion des sociétés cotées ne contient pas le formulaire de vote, mais doit présenter une « description claire et précise des procédures que les actionnaires doivent suivre pour participer et voter à l'assemblée, en particulier des modalités de vote par procuration, par correspondance ou par voie électronique » (art. R. 225-73 I al. 2 n° 1 C. com.). L'avis de convocation (des sociétés cotées ou non) indique de même « les conditions dans lesquelles les actionnaires peuvent voter par correspondance et les lieux et les conditions dans lesquelles ils peuvent obtenir les formulaires nécessaires et les documents qui y sont annexés » (art. R. 225-66 al. 2 C. com.). Si le formulaire peut être envoyé personnellement à l'actionnaire (B), il sera en général accessible depuis le site internet de la société (A).

A) Depuis le site internet de la société

420. Le site internet de la société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé doit ainsi donner accès, au plus tard à J-21, aux « formulaires de vote par correspondance [...], sauf dans les cas où la société adresse ces formulaires à tous ses actionnaires » (art. R. 225-73-1 al. 1^{er} n° 5 C. com.). L'article R. 225-73-1 C. com. cite l'article R. 210-20 C. com., qui impose aux « sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé [...] de disposer d'un site internet afin de satisfaire à leurs obligations d'information de leurs actionnaires ». Les formulaires de vote par correspondance doivent ainsi être accessibles sur la page d'information du site internet de la société consacrée aux assemblées générales. Certains auteurs déclarent que « le bon sens commande qu'il s'agit autant du site dédié au vote électronique prévu à l'art. R. 225-61 que du site d'information des actionnaires imposé à l'art. R. 210-20, seul mentionné par le texte »⁸⁹⁵. Or cette recommandation, en appelant au bon sens, va à l'encontre des propos du même auteur invitant à strictement distinguer le vote par correspondance (papier ou sécurisé/numérisé) du vote à l'écran. Les formulaires à publier sur le site internet d'information de la société sont des formulaires sous format numérique. Ce sont de simples fichiers téléchargeables, des formulaires de vote par correspondance imprimables à renvoyer, une fois rempli par l'actionnaire, à l'intermédiaire financier teneur de compte voire à la

⁸⁹⁵ A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés*, Dalloz commenté, 2015, comm. ss art. R. 225-77 C. com.

société par voie postale. Ce ne sont pas des formulaires électroniques au sens du *Vade mecum* de ANSA-CFONB. Il y a fort à penser que cette mesure n'a pas réellement plu aux intermédiaires financiers, éventuellement contraints de numériser des formulaires mal imprimés et non adaptés à un traitement par lecture optique normalement utilisé⁸⁹⁶. C'est pourtant la seule manière de permettre d'accéder aux formulaires pour les actionnaires au porteur de sociétés ne permettant pas de vote en ligne, et notamment aux petits porteurs étrangers.

421. Ces documents ne permettent pas de voter à l'écran, c'est-à-dire de les renvoyer par voie électronique par l'intermédiaire du site internet de l'article R. 225-61 C. com. Or une publication de fichiers imprimables sur un site internet dédié au vote à l'écran complique plus les choses pour l'utilisateur qu'elle ne les simplifie. Si l'actionnaire a accès au site internet dédié de l'article R. 225-61 C. com., pourquoi devrait-il y trouver un formulaire imprimable à envoyer par voie postale s'il peut simplement transmettre ses votes après quelques clics à l'écran ? En pratique, la plate-forme de vote *Votaccess* ne donne pas accès à un formulaire de vote imprimable ou aux autres documents sociaux, pour la bonne raison que ce n'est pas ce qu'on attend d'elle. L'article R. 225-73-1 C. com. est en ce sens bien rédigé.

422. Le second alinéa de l'article R. 225-73-1 C. com. poursuit, sur le modèle de la directive, en disposant que lorsque, « pour des raisons techniques, ces formulaires ne peuvent être rendus accessibles sur son site internet, la société indique sur celui-ci les lieux et conditions dans lesquels ils peuvent être obtenus. Elle les envoie à ses frais à tout actionnaire qui en fait la demande. » Cette hypothèse est surprenante, la seule raison technique aisément imaginable susceptible de compliquer l'accès au formulaire est une panne du site internet de la société. Or si le site internet de la société subit une panne et est inaccessible, il est inutile qu'il contienne des informations quant au lieu et aux conditions dans lesquels les formulaires peuvent être obtenus.

⁸⁹⁶ Par opposition, « Précision importante : le Formulaire Électronique de vote est mis à disposition de l'actionnaire uniquement pour une exploitation informatique ; l'actionnaire ne peut ni télécharger ni imprimer le Formulaire pour le remplir manuellement comme un formulaire papier d'origine, et le substituer ainsi au Formulaire Électronique. En effet, pour des raisons techniques (grammage et poids du papier, caractéristiques spécifiques des imprimantes, codes barres...), ces formulaires ne pourraient être exploités que manuellement soit par l'émetteur, soit par l'établissement financier centralisateur, ce qui impliquerait des délais et des coûts très importants. » *in*, ANSA-CFONB, « Vote internet aux assemblées générales d'actionnaires - Accord de place sur un *Vade mecum* », n° 3104, mai 2002 (30.09.2007), Annexe, p. 5.

B) L'envoi à l'actionnaire

423. Les formulaires de vote papier sont en principe envoyés en annexe de la convocation des actionnaires au nominatif (1). Ils peuvent aussi être envoyés sur demande de l'actionnaire (2). L'envoi de formulaires par voie électronique aux actionnaires n'a qu'un intérêt limité s'ils ne peuvent pas être renvoyés par voie électronique à l'intermédiaire financier ou directement à la société. Ces hypothèses doivent toutefois être évoquées au regard de l'évolution possible des modes de transmission des formulaires de vote étudiée plus bas.

1. L'envoi en annexe de la convocation

424. La référence faite à l'hypothèse de sociétés qui adressent un formulaire à tous leurs actionnaires – les libérant ainsi d'une obligation de publication – est intéressante en ce qu'elle invite incidemment les sociétés cotées dont les actions revêtent toutes la forme nominative à joindre un formulaire de vote à la convocation. En effet, ces sociétés sont contraintes de convoquer directement l'ensemble de leurs actionnaires (art. R. 225-68 C. com.⁸⁹⁷), et il est alors impensable que cette référence de l'article R. 225-73-1 C. com. fasse écho à deux envois distincts, l'un pour la convocation, l'autre pour le formulaire de vote par correspondance. Rappelons ensuite que la convocation directe et obligatoire des actionnaires au nominatif peut être faite par lettre ordinaire ou par voie électronique dans les conditions de l'article R. 225-63 C. com. Ainsi, la lecture cumulée des articles R. 225-73-1 et R. 225-68 C. com. autorise un envoi par voie électronique du formulaire de vote par procuration, en annexe de l'avis de convocation, dans les conditions de l'article R. 225-63 C. com. relatif à l'accord de l'actionnaire à une communication électronique avec la société.

2. L'envoi sur demande de l'actionnaire

425. Cette constatation n'est pas évidente, puisqu'elle est confrontée à la lettre de l'article R. 225-75 C. com. relatif au droit de l'actionnaire de demander à la société qu'elle lui envoie un formulaire de vote. De manière générale, l'article R. 225-75 dispose en effet qu'à « compter de la convocation de l'assemblée, tout actionnaire peut demander par écrit à la société de lui adresser » un formulaire de vote, la société pouvant lui adresser ce formulaire, « le cas échéant par voie électronique, dans les conditions définies à l'article R. 225-61 ». La demande, qui ne peut avoir lieu que par écrit, « doit être déposée ou parvenue au siège social

⁸⁹⁷ V. Glossaire, « La convocation directe des actionnaires connus », § 675.

au plus tard six jours avant la date de la réunion ». Un envoi électronique de la demande est ainsi exclu par le règlement. Un envoi par voie électronique du formulaire à l'actionnaire n'est quant à lui possible que dans les conditions de l'article R. 225-61 C. com. relatif au vote à l'écran.

426. Cet article a mal vieilli. En faisant référence à l'article R. 225-61 C. com., il confond très clairement le vote par correspondance et le vote à l'écran. D'une part, le cadre juridique entourant le vote à l'écran de l'article R. 225-61 C. com. ne connaît qu'un formulaire de vote à remplir sur un site internet dédié. Il n'y a pas de transmission de formulaire à l'actionnaire, mais seulement une mise à disposition en ligne. Dans le cadre de l'article R. 225-61 C. com., la société n'a rien d'autre à adresser à l'actionnaire que le lien du site internet dédié ainsi que les conditions et les modalités de vote par voie électronique. Cette référence est d'autant plus surprenante que l'article R. 225-75 ne s'adresse *a priori* plus qu'aux actionnaires de sociétés non cotées, puisque les actionnaires de sociétés cotées ont aisément accès en ligne au formulaire imprimable et n'ont plus aucune raison de procéder à une demande écrite auprès de la société⁸⁹⁸. Or il n'est pas exigé de l'avis de convocation (art. R. 225-66 C. com.) de préciser les modalités de vote par voie électronique, ni de faire figurer l'adresse du site internet dédié au vote à l'écran – contrairement à l'avis de réunion des sociétés cotées (art. R. 225-73 C. com.).

D'autre part, les actionnaires de sociétés non cotées étant nécessairement au nominatif (art. L. 211-7 al. 2nd C. mon. fin.), ils reçoivent obligatoirement un avis de convocation aux assemblées (art. R. 225-68 al. 1^{er} C. com.), et éventuellement une proposition de la société afin de communiquer par voie électronique pour satisfaire une série de formalités (art. R. 225-63 al. 1^{er} C. com.). Le fait de n'évoquer que l'article R. 225-61 C. com. sans utiliser d'adverbe ouvrant d'autres hypothèses (tels que « notamment », « entre autre », etc.), exclut clairement une application de l'article R. 225-63 C. com. L'article R. 225-75 C. com. n'est d'ailleurs pas cité dans l'énumération des formalités de l'article R. 225-63 C. com., ce qui prouve bien qu'une transmission du formulaire de vote par correspondance par messagerie électronique de la société à l'actionnaire n'est pas prévue. Pourquoi ne pas faire référence à l'article R. 225-63 C. com. afin d'autoriser l'envoi du formulaire à l'actionnaire par voie électronique, afin qu'il puisse l'imprimer et le renvoyer par voie postale dans les plus brefs délais ?

⁸⁹⁸ Depuis le décret n° 2010-684 du 23 juin 2010 relatif aux droits des actionnaires de sociétés cotées ayant créé l'article R. 225-73-1 C. com.

Une réforme de l'article R. 225-75 C. com. est d'autant plus nécessaire que ces sociétés non cotées s'intéressent moins au vote à l'écran qu'à une communication gratuite par voie électronique avec leurs actionnaires dont elles connaissent déjà l'identité⁸⁹⁹.

§ 2 - *Forme, contenu et modalités d'envoi*

427. Si la forme et le contenu des formulaires de vote par correspondance et de vote électronique sont relativement similaires dans les deux pays étudiés, les spécificités nationales relatives aux modalités de transmission de ces formulaires imposent de présenter séparément droit français (I) et droit allemand (II).

I - Droit français

428. L'article L. 225-107 I C. com. évoque « un formulaire dont les mentions sont fixées par décret en Conseil d'État », à savoir à l'article R. 225-76 C. com. pour le formulaire transmis par voie postale. L'article R. 225-82 C. com. dispose que les formulaires de vote à distance transmis par voie électronique (vote à l'écran) doivent respecter les règles fixées aux articles R. 225-76 à -81 C. com., c'est-à-dire à l'ensemble des règles relatives au formulaire de vote par correspondance (et par procuration). Le formulaire électronique doit ainsi respecter les obligations auxquelles le formulaire papier est soumis, ainsi que ses fonctionnalités minimales⁹⁰⁰. Le formulaire de vote par correspondance papier (normalisé par l'AFNOR⁹⁰¹) utilisé par l'ensemble des sociétés anonymes est très simple et tient en peu de place. Le formulaire électronique peut facilement dépasser ces obligations et contenir plus d'informations, voire élargir les possibilités offertes aux actionnaires. L'interactivité du vote à l'écran permet de personnaliser le formulaire de vote à distance. Les sociétés se l'interdisaient jusqu'alors, pour des raisons liées aux frais d'impression et d'envoi, mais surtout pour ne pas compliquer le traitement par lecture optique des formulaires. Une fois les particularités du

⁸⁹⁹ Art. R. 225-75 et R. 225-63 al. 1^{er} C. com., v. annexe, « Proposition de révisions législatives et réglementaires », p. 497. Une modification de l'article R. 225-73 C. com. relatif au contenu de la convocation afin d'imposer l'inscription d'une adresse électronique pour la demande de formulaire de vote par procuration serait superflue, puisque la convocation donne déjà nécessairement une adresse électronique, et doit déjà comporter « description claire et précise des procédures que les actionnaires doivent suivre [...] pour voter à l'assemblée, en particulier des modalités de vote [...] par correspondance ou par voie électronique ».

⁹⁰⁰ ANSA-CFONB, *op. cit.* note 896, p. 2, § 5.

⁹⁰¹ ANSA, « Formulaire AFNOR », n° 3105, mai 2002.

formulaire de vote à distance présentées (A), il faudra s'arrêter sur les différentes modalités de sa transmission à la société (B).

A) Le formulaire AFNOR et le formulaire électronique

429. Afin de saisir la supériorité du vote électronique sur le vote par correspondance, il faut distinguer le formulaire de vote par correspondance du formulaire électronique, pour ce qui a trait à la présentation des projets de résolution (1), à la prise en compte des abstentions (2), à la facilité du remplissage des formulaires (3), mais aussi à la transmission d'informations annexes aux formulaires (4).

1. La présentation des projets de résolution

430. L'article R. 225-76 C. com. dispose premièrement que le formulaire de vote de droit français « permet un vote sur chaque résolution, dans l'ordre de leur présentation à l'assemblée ». Cette obligation de présentation dans l'ordre a d'abord pour fonction d'assurer une cohérence entre ce qui sera présenté au vote à l'assemblée et ce que l'actionnaire votant à distance aura sous les yeux. Elle est ensuite naturelle en ce que le vote d'une résolution peut en théorie dépendre du vote ou du rejet d'une précédente résolution. En toute hypothèse, l'agencement des projets de résolution suit une certaine logique et des usages que le formulaire de vote à distance se doit de respecter. Un vote doit, en outre, être possible sur les projets de résolution non agréés par le conseil d'administration ou le directoire soumis par des actionnaires ou groupements d'actionnaires.

431. En pratique, le formulaire de vote par correspondance (VPC) de l'AFNOR ne reprend aucunement la liste des projets de résolution, ni même un résumé ou un intitulé. Elle utilise une liste de chiffres et de cases (allant par prévoyance bien au delà de la vingtaine habituelle de projets de résolution) sur le modèle d'une grille de loto. La case n° 1 correspond au premier projet de résolution, la case n° 2 au second projet, etc. L'avantage de ce type de formulaire est sa polyvalence. À la date à laquelle il est transmis aux actionnaires, les projets de résolution dissidents ne sont pas encore parvenus à la société, qui ne peut donc pas les y inscrire. Au demeurant impuissant face aux projets d'amendements et de nouvelles résolutions présentés en assemblée, le formulaire n'en est pas pour autant désarmé. Il peut proposer deux solutions consistant à choisir à l'avance entre les deux options de l'alternative

suivante : s'abstenir, ce qui correspond à voter en bloc « contre » à tout nouveau texte soumis au vote, ou donner pouvoir/procuration au dirigeant/à tout autre personne.

432. Le formulaire électronique, ne souffrant d'aucune contrainte d'économie (financière comme de place), peut quant à lui afficher un intitulé et un résumé des propositions de directives. Il peut en outre proposer le déroulement de l'ensemble du texte, sans ainsi négliger l'ergonomie et la lisibilité de l'ensemble du formulaire à l'écran⁹⁰². L'ordre de présentation des projets de résolution doit bien sûr être respecté.

433. Le *Vade mecum* de l'ANSA et du CFONB, décrivant les propriétés du formulaire électronique de vote, indiquait que, « pour chaque résolution, l'actionnaire dispose soit de 3 cases ('pour', 'contre', 'abstention'), soit de 2 cases ('pour', 'contre/abstention') », étant « expressément et clairement mentionné que *l'abstention équivaut à un vote contre* »⁹⁰³. De même que pour le formulaire VPC, le formulaire électronique doit permettre à l'actionnaire de se prononcer sur les projets de résolution non agréés (par deux ou trois cases) ainsi que de donner pouvoir au président, de s'abstenir ou de donner procuration à un tiers pour les projets d'amendements et de nouvelles résolutions présentés en salle. Au final, si la présentation du formulaire électronique est certes plus ergonomique et complète que celle du formulaire VPC, il est encore fait peu d'égard au potentiel du formulaire électronique, dont une des valeurs ajoutées devrait justement de permettre un vote en direct des projets d'amendements et de nouvelles résolutions. Pourquoi ne pas profiter de la refonte du formulaire par correspondance que l'AMF appelle de ses vœux « afin de clarifier la portée du vote exprimé »⁹⁰⁴ (contrairement à l'ANSA⁹⁰⁵), pour rappeler que le formulaire électronique peut très bien se dégager d'une norme AFNOR ?

2. L'abstention

434. Selon la lettre de l'article R. 225-75 C. com., le formulaire doit de plus offrir « à l'actionnaire la possibilité d'exprimer sur chaque résolution un vote favorable ou défavorable

⁹⁰² Le *Vade mecum* de l'ANSA déclare ainsi que l'actionnaire doit pouvoir accéder, en cliquant sur l'intitulé de la résolution accompagné de son résumé, (1) au texte complet de la résolution, (2) à l'exposé des motifs » *in*, ANSA-CFONB, *op. cit.* note 896, p. 6.

⁹⁰³ *Ibidem*.

⁹⁰⁴ AMF, *Mise en œuvre des propositions du rapport de l'AMF de 2012 sur les assemblées générales d'actionnaires des sociétés cotées*, 11.02.2015, p. 34.

⁹⁰⁵ ANSA, « Bilan de la mise en œuvre du rapport de l'AMF sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées », n° 15-007, févr. 2015.

à son adoption ou sa volonté de s'abstenir de voter », et informer « l'actionnaire de manière très apparente que toute abstention exprimée dans le formulaire ou résultant de l'absence d'indication de vote sera assimilée à un vote défavorable à l'adoption de la résolution ». Le formulaire AFNOR s'en prive.

435. La formule retenue est la suivante : « Je vote OUI à tous les projets de résolution présentés ou agréés par le Conseil d'Administration ou le Directoire ou la Gérance, à l'EXCEPTION de ceux que je signale en noircissant [...] la case correspondante et pour lesquels je vote NON ou je m'abstiens. » Le résultat est certes le même puisque, en vertu de l'article L. 225-107 I al. 2 C. com., les « formulaires ne donnant aucun sens de vote ou exprimant une abstention sont considérés comme des votes négatifs ». Toutefois, des voix s'élèvent pour la reconnaissance de l'abstention comme expression du vote⁹⁰⁶. Cela n'implique pas nécessairement de ne plus considérer *de lege ferenda* l'abstention comme un vote négatif. Il s'agirait simplement de reconnaître l'abstention en tant que telle – puisque la loi prend la peine de l'évoquer – comme une source d'informations utile à la bonne conduite de la société. Expression de la retenue, d'un profond désaveu ou d'une simple incompréhension des projets de résolution, l'abstention en dit parfois plus que le vote négatif sur le degré de soutien de groupes minoritaires vis-à-vis des dirigeants et/ou des actionnaires majoritaires.

Relevons que sont de même rendus impossibles les formulaires ne donnant aucun sens de vote. En d'autres termes, le formulaire ne permet ni le vote blanc, ni le vote nul par la remise d'un vote contradictoire. Notons enfin que malgré les discussions, la plate-forme *Votaccess* ne retenait pas en 2013 de troisième case dédiée à l'abstention⁹⁰⁷.

3. Le pré-remplissage du formulaire

436. La forme d'un scrutin est révélatrice de ses spécificités. Les projets de résolution agréés des sociétés françaises cotées sont en moyenne approuvés par plus de 95 % des voix

⁹⁰⁶ Cf. AMF, *Mise en œuvre des propositions du rapport de l'AMF de 2012 sur les assemblées générales d'actionnaires des sociétés cotées*, 11.02.2015, p. 34 ; AMF, *Les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées*, Rapport O. POUPART LAFARGE (dir.), 07.02.2012, p. 19. ; J.-P. VALUET, « *Votaccess 2013 - La montée en puissance* », *Amphi AFTI* du 25.06.2013, *Spécial Amphi*, n° 9, août 2013, p. 8.

⁹⁰⁷ Cf. AFTI, « *Votaccess 2013 - La montée en puissance* », 25.06.2013, *Spécial Amphi*, n° 9, août 2013.

exprimées⁹⁰⁸. Le formulaire de vote par correspondance a été pensé en conséquence. Il propose un « vote par exception ». Chaque résolution ne disposant que d'une case, l'actionnaire vote *oui* par défaut à toutes les résolutions, sauf à celles dont il coche la case. Afin d'éviter tout bulletin nul par la remise d'informations contradictoires (un oui et un non), le formulaire VPC ne laisse à l'actionnaire qu'une alternative : ne rien faire pour voter *oui*, cocher pour voter *contre*. Ainsi, l'inaction provoque un vote positif ; un vote négatif et l'abstention supposent une action. Pour des prétendues raisons pratiques, d'une part, de place et, d'autre part, contre le risque de votes nuls et donc négatifs, le formulaire VPC est pré-rempli en faveur des projets de résolution agréés par la société. Cela est d'autant plus manifeste que les projets de résolution non agréés, proposés par des actionnaires, disposent sur le formulaire de deux cases⁹⁰⁹, l'une pour un vote positif, l'autre pour vote négatif ou une abstention. Les projets de résolution non agréés étant très largement rejetés en pratique, la logique évoquée plus haut, si elle avait vraiment été pertinente, aurait été inversée : le formulaire n'aurait ainsi comporté qu'une seule case qui, laissée vide, aurait signifié un vote contre ou une abstention mais qui, cochée, aurait emporté un vote positif. Un tel agencement aurait fait perdre en clarté au formulaire et mis en cause l'honnêteté des sociétés anonymes, dont l'actionnaire est en droit d'attendre un minimum de neutralité.

437. Le formulaire électronique n'est pas soumis aux mêmes contraintes et ne suit donc pas la même logique. Le *Vade mecum* de l'ANSA ne retient pas le vote (électronique) par exception, mais tient à ce que chaque projet de résolution soumis au vote dispose de trois cases (oui / non / abstention)⁹¹⁰. Afin d'éviter toute inadvertance, l'ANSA invite à ce que l'actionnaire ne puisse valider son vote sans s'être prononcé sur l'ensemble des résolutions⁹¹¹. Contrairement à l'agencement du formulaire VPC, la seule présentation du formulaire électronique ne favorise pas plus le vote positif que le vote négatif. Ces recommandations sont parfaitement sensées et devraient être suivies.

⁹⁰⁸ Le taux de contestation moyen des résolutions agréées des assemblées générales pour 2013 des sociétés du CAC 40 est de 4,87 % ; PROXINVEST, « Les Assemblées Générales 2013 des Sociétés Cotées Françaises & Politique de Vote 2014 », *proxinvest.com*, Rapport n° 17.

⁹⁰⁹ Chaque ligne représentant un projet non agréé soumis au vote est précédée d'une lettre, afin de bien les distinguer des projets agréés numérotés.

⁹¹⁰ ANSA-CFONB, *op. cit.* note 896, p. 6, nbp. 11.

⁹¹¹ « Si le formulaire comporte les trois cases (« pour », « contre » et « abstention »), l'actionnaire devra obligatoirement se prononcer sur la ou les résolutions pour lesquelles il ne s'est pas exprimé : la récapitulation finale l'empêchera de « valider » si une ou plusieurs des résolutions n'ont pas reçu de réponses. » *in*, ANSA-CFONB, *op. cit.* note 896, nbp. 11 et 12.

438. L'interactivité de la plate-forme électronique offre toutefois la possibilité d'aider l'actionnaire dans sa tâche. La plate-forme *Directvote* de la société Proxinvest permet de remplir à l'écran des formulaires VPC imprimables en choisissant, résolution par résolution, parmi les trois options (Oui / Non / Abstention) d'un menu défilant⁹¹². Elle propose une case pour remplir « Tout à OUI », tout en gardant la possibilité de corriger son vote, c'est-à-dire de voter contre (ou de s'abstenir pour certaines) résolutions prises une à une. L'option engagée, cela revient à « voter OUI pour tout, sauf » pour les résolutions cochées NON, sur le modèle du formulaire VPC. La plate-forme de place *Votaccess* propose aussi, au-dessus et en-dessous de la colonne de cases « Pour », une case « Cocher Tout ». Elle va plus loin en proposant de cocher automatiquement toutes les cases « contre / abstention ». Chaque vote peut ensuite être corrigé indépendamment du reste.

Certaines sociétés ont émis le vœu de pouvoir désactiver cette option de vote automatisé, craignant que des projets de résolution « en concurrence » face l'objet d'un vote identique, mais surtout que des projets de résolution non agréés soient acceptés par inadvertance – ou trop aisément. L'argument tendant à dire « que voter 'OUI' à toutes les résolutions d'un seul clic pose problème, d'autant que ce n'est pas rendu possible par la grille papier traditionnelle »⁹¹³ ne convainc pas, puisque la grille papier vote justement « OUI » par défaut et qu'il faut cocher pour « corriger » le vote. Ces sociétés ont toutefois raison de relever que cette option de vote automatique devra à l'avenir s'appliquer distinctement, d'une part, aux projets de résolution soumis par le conseil d'administration ou agréés et, d'autre part, aux projets non agréés par la société⁹¹⁴.

4. Les annexes

439. Pour ce qui a trait aux informations liées au formulaire de vote à distance, il faut distinguer les informations devant être transmises par la société à l'actionnaire, de celles que l'actionnaire doit renvoyer à la société.

440. Les informations annexées au formulaire par la société sont nécessaires à la régularité de la convocation, puisqu'elles informent les actionnaires sur le droit en période de pré-assemblée. Le manquement aux obligations d'information des actionnaires peut mener à

⁹¹² V. *supra*, « Le concept *Directvote* », § 395.

⁹¹³ J.-M. ROSSINI, in Amphi AFTI, « *Votaccess 2013 - La montée en puissance* », 25.06.2013, *Spécial Amphi*, n° 9, août 2013, p. 10.

⁹¹⁴ K. PINAULT, *Ibidem*.

l'annulation de l'assemblée (art. L. 225-104 al. 2nd C. com.). Aussi les obligations devraient-elles être claires et explicites.

L'article R. 225-76 al. 5 C. com. impose en premier lieu que soit annexé au formulaire de vote le « texte des résolutions proposées accompagné d'un exposé des motifs et de l'indication de leur auteur ». En cas de vote à l'écran, ces informations peuvent aisément être affichées ou mises à disposition sur lien, résolution par résolution, sur le formulaire électronique.

Une « demande d'envoi des documents et renseignements mentionnés à l'article R. 225-83 » doit en second lieu accompagner le formulaire. L'actionnaire doit de plus être informé « qu'il peut demander à bénéficier des dispositions du troisième alinéa de l'article R. 225-88 », à savoir de l'envoi automatique de ces informations pour les assemblées ultérieures. Cet envoi, réservé toutefois aux seuls actionnaires au nominatif, peut avoir lieu par voie électronique dans le cadre de l'article R. 225-63 C. com.⁹¹⁵. Si le formulaire de vote doit rappeler à l'actionnaire au nominatif son droit de recevoir sans requête les documents et renseignements relatifs aux futures assemblées, il peut parfaitement profiter de l'occasion pour lui demander son accord – par une simple case à sélectionner sous le formulaire – pour limiter les communications de la société à la voie électronique (au sens de l'article R. 225-63 C. com.).

En troisième lieu, le formulaire de vote doit être accompagné, en cas d'assemblée générale ordinaire, de l'exposé sommaire de la situation de la société pendant l'exercice écoulé et des documents annexés aux formules de procuration listés à l'article R. 225-81 C. com. Le renvoi à l'article R. 225-81 C. com. est malheureux. Il complique inutilement l'article R. 225-76 C. com. par les redondances qu'il soulève. Mis à part l'exposé évoqué, le seul document listé à l'article R. 225-81 C. com. qui ne l'a pas déjà été à l'article R. 225-76 C. com. est l'ordre du jour (et les points éventuellement ajoutés). Le reste est une série d'indications à faire figurer sur la formule de procuration, et non des « documents » à joindre au sens de l'article R. 225-81 C. com. Il est ainsi surprenant que ce renvoi soit fait à l'article R. 225-76 C. com. et non à l'article R. 225-78 C. com. relatif au formulaire unique (comprenant tant un formulaire de vote qu'une formule de procuration). Il serait manifestement plus clair d'exiger de joindre au formulaire de vote, en cas d'assemblée générale ordinaire, l'exposé sommaire de la situation de la société ainsi que l'ordre du jour de l'assemblée.

⁹¹⁵ V. *supra*, « La transmission par voie électronique », § 229.

441. Les informations que l'actionnaire doit transmettre sont, quant à elles, uniquement nécessaires à la validité du formulaire et donc du vote. Le formulaire de vote insuffisamment rempli ou annexé ne pourra pas être pris en compte par la société. L'article R. 225-77 al. 2 C. com. liste ainsi les informations que « les formulaires de vote par correspondance reçus par la société » doivent comporter. Il s'agit, d'une part, d'informations relatives à l'identité de l'actionnaire (nom, prénom usuel, domicile et signature) et, d'autre part, d'informations relatives à sa participation dans le capital (forme des actions, attestation de participation).

B) La transmission du formulaire

442. En l'état du droit et de la pratique, le formulaire rempli à l'écran afin d'être imprimé puis envoyé par voie postale (cf. plate-forme *Directvote* dans sa forme actuelle) n'est pas considéré comme un formulaire électronique. Inversement, le formulaire papier numérisé par l'intermédiaire financier puis communiqué par réseau interbancaire au centralisateur de l'assemblée, n'est pas non plus considéré comme un formulaire électronique. Même le formulaire papier numérisé ou rempli grâce à un fichier numérique interactif (tel que sous format PDF) transmis à la société par voie électronique est considéré comme un formulaire de vote par correspondance sécurisé/numérisé et non comme un formulaire de vote électronique. Seul le formulaire rempli à l'écran sur une plate-forme de vote électronique est aujourd'hui considéré comme formulaire de vote électronique. Ce n'est donc ni la forme du formulaire ni le mode de transmission que l'actionnaire choisit – ou plutôt dont il dispose – pour l'envoyer à la société (ou, le cas échéant, à son intermédiaire financier) qui détermine la qualification de formulaire VPC ou de formulaire électronique.

443. Les impératifs liés à l'identification de l'expéditeur des formulaires tranchent alors la question des moyens de télécommunication utilisables. La transmission du formulaire AFNOR et celle du formulaire électronique sont soumises aux règles du droit de la preuve. Il faut ainsi distinguer l'envoi des formulaires papiers et numérisés (1), soumis au droit commun de la preuve, et l'envoi du formulaire électronique faisant l'objet d'exigences nouvelles (2). Nous constaterons alors qu'une évolution des voies de transmission des formulaires de vote est parfaitement envisageable pour les actionnaires au nominatif de sociétés de petite et moyenne taille (3).

1. L'envoi des formulaires VPC (papier et numérisés)

444. L'envoi des formulaires VPC n'est pas réellement réglementé. Il n'est simplement question dans la loi comme dans le règlement que de correspondance, ce qui fait traditionnellement écho à la voie postale. Les actionnaires au nominatif sont ainsi priés dans la convocation à l'assemblée de transmettre leur formulaire rempli et signé directement à la société ou au centralisateur d'assemblée mandaté. Les actionnaires au porteur transmettent quant à eux le formulaire VPC à leur intermédiaire financier par voie postale, ce dernier le numérisera ou le transmettra tel quel de même par voie postale – selon les capacités de traitement de la société ou de son centralisateur d'assemblée, en d'autres termes selon la taille de la société.

2. La transmission des formulaires électroniques

445. L'article R. 225-61 C. com., ouvrant la partie réglementaire du Code de commerce relative à l'assemblée générale, dispose que les « sociétés dont les statuts permettent aux actionnaires de voter aux assemblées par des moyens électroniques de télécommunication aménagent un site exclusivement consacré à ces fins ». Le vote à distance peut-il alors n'avoir lieu qu'à travers un site sur lequel l'actionnaire remplit et valide le formulaire électronique de vote ? L'envoi par messagerie électronique d'un formulaire numérisé ou rempli grâce à un fichier numérique est-il exclu en droit français ?

Relevons premièrement la généralité de la notion de « site », qu'il faut comprendre par une page internet donnant accès à une plate-forme électronique. La plate-forme de vote *Votaccess*, mise en route avec succès par la place financière parisienne, n'est autre qu'un site dédié au vote électronique au sens de l'article R. 225-61 C. com. Remarquons ensuite qu'exiger un « site exclusivement consacré à ces fins » ne revient pas à exiger que le vote par des moyens électroniques de télécommunication transite exclusivement par ce site internet. La formule ordonnant la création d'un site exclusivement dédié au vote électronique n'exclut pas que d'autres moyens électroniques de communication capables de transmettre des votes à distance soient mis à la disposition des actionnaires.

446. Pour que le formulaire électronique envoyé par messagerie électronique respecte la réglementation en vigueur, c'est-à-dire pour qu'il ne puisse pas être refusé par la société émettrice, il faut surtout s'assurer que les garanties d'identification de l'actionnaire expéditeur soient respectées. L'article R. 225-77 al. 2nd point 3^o C. com. dispose en ce sens que le

formulaire de vote par correspondance comporte la signature, « le cas échéant électronique, de l'actionnaire ou de son représentant légal ou judiciaire ». La signature électronique ne supposant pas de site internet, l'envoi du formulaire par messagerie électronique est parfaitement envisageable. Ce mode de communication des formulaires électroniques n'est certes pas celui retenu par le *Vade mecum* de l'ANSA (ni par la plate-forme *Votaccess*), mais l'accord de place n'est, selon ses propres termes, qu'un ensemble de recommandations. Les raisons en sont simples.

Premièrement, la société – cotée ou non – est contrainte de mettre en place un site internet dédié au vote. L'intérêt de mettre parallèlement en place un système de signatures électroniques individuelles est donc limité. Deuxièmement, la signature électronique ne répond pas aux exigences liées à la chaîne d'intermédiaires lors du vote à distance des actionnaires au porteur. Si la télétransmission du formulaire électronique des actionnaires au nominatif à la société peut être directe, et se prêter ainsi sans réelles difficultés à la mise en place d'une signature électronique, tel n'est pas le cas pour l'actionnaire au porteur, qui doit accompagner son formulaire de vote d'une attestation d'inscription en compte émise par son intermédiaire financier. Plusieurs certifications devraient alors avoir lieu indépendamment, d'abord entre l'actionnaire et l'intermédiaire financier, puis entre l'intermédiaire et le centralisateur de l'assemblée.

447. L'article R. 225-77 C. com. précité prévoit ensuite que lorsque la société décide « de permettre la participation des actionnaires aux assemblées générales par des moyens de communication électronique, cette signature électronique peut résulter d'un procédé fiable d'identification de l'actionnaire, garantissant son lien avec le formulaire de vote à distance auquel elle s'attache ». Cette formulation, introduite en 2011⁹¹⁶ en remplacement d'une tentative de simplification de 2007⁹¹⁷, va dans le sens d'une identification simplifiée de l'actionnaire, à l'aide un identifiant et d'un mot de passe à entrer sur la page d'accueil d'un site internet. Cette solution largement répandue permet une identification diversifiée selon que l'actionnaire est au porteur ou au nominatif. L'identification des actionnaires au nominatif pourra se faire sur le site du centralisateur de l'assemblée hébergeant ou redirigeant vers la plate-forme électronique de vote, à l'aide d'un identifiant (tel que le numéro d'actionnaire) et d'un mot de passe directement communiqués par la société à l'actionnaire. L'identification

⁹¹⁶ Art. 3 D. n° 2011-1473 du 10.11.2011 relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés, JORF 10.11.2011, p. 18893.

⁹¹⁷ Art. 30 D. n° 2006-1566 du 11.10.2006, JORF n° 287, 12.11.2006, p. 18762.

des actionnaires au porteur pourra quant à elle se faire sur le site internet de l'intermédiaire financier, avec l'identifiant et le mot de passe utilisés pour consulter et gérer le portfolio, avant d'être redirigé vers la plate-forme de vote, sans qu'une nouvelle identification soit nécessaire. Telle est la solution retenue pour l'utilisation de la plate-forme de vote *Votaccess*, qui ne suit pas exactement la procédure évoquée dans le *Vade mecum* de l'ANSA⁹¹⁸.

3. Évolution envisageable pour les actionnaires au nominatif

448. La procédure de vote à distance pour les actionnaires au nominatif doit encore être simplifiée. C'est d'autant plus nécessaire pour ceux ayant accepté une transmission électronique de la convocation et autres documents relatifs à l'assemblée dans le cadre de l'article R. 225-63 C. com. Les sociétés anonymes de petite taille non cotées n'ont manifestement pas l'intention, le temps ou les moyens de mettre en place une plate-forme de vote en ligne sécurisée, ni même de faire appel aux services d'un tiers spécialisé. Il faut permettre aux actionnaires de transmettre un formulaire de vote électronique par simple messagerie électronique, sous la forme indiquée dans la convocation. Le vote pourrait ainsi se faire par le renvoi d'un formulaire rempli que la société aurait intégré dans un simple message électronique. Elle pourrait sinon s'apparenter à un fichier interactif (Excel, PDF, etc.) que l'actionnaire renverrait à la société, et que cette dernière pourrait traiter automatiquement. Un vote électronique simplifié pour les sociétés anonymes non cotées, voire pour l'ensemble des actionnaires au nominatif (et donc aussi de société cotées) ayant opté pour une communication électronique avec la société, renforcerait l'attractivité internationale de la forme sociale.

449. La société dispose de l'adresse électronique des actionnaires ayant privilégié la communication électronique avec la société dans le cadre de l'article R. 225-63 C. com.⁹¹⁹. Tout message électronique qu'elle reçoit en provenance de cette adresse est présumé avoir été envoyé par l'actionnaire. L'envoi du formulaire de vote par messagerie électronique n'échoue donc pas sur les exigences d'identification de l'actionnaire au nominatif⁹²⁰.

⁹¹⁸ L'accord de place évoquait en effet une connexion directe de l'actionnaire au porteur au site dédié au vote, « l'intermédiaire financier teneur de compte [étant invité à certifier] à un moment ou à un autre dans le circuit spécifique au vote la qualité d'actionnaire de la personne concernée et son nombre d'actions » *in*, ANSA-CFONB, *op. cit.* note 896, Annexe, p. 4.

⁹¹⁹ *V. supra*, « La transmission par voie électronique en droit français », § 229.

⁹²⁰ *V. supra*, « Le message électronique », § 185. ; « Évaluation des méthodes d'identification », § 189.

450. Afin de permettre un envoi du formulaire de vote par messagerie électronique, deux modifications sont envisageables. La première concerne la transmission du formulaire à l'actionnaire sur requête dans le cadre de l'article R. 225-75 C. com. La transmission par voie électronique doit encore se faire « dans les conditions définies à l'article R. 225-61 », c'est-à-dire par l'intermédiaire d'un site internet dédié, et non par simple message électronique⁹²¹. Les actionnaires au nominatif ayant opté pour l'envoi électronique de la convocation devraient automatiquement recevoir un formulaire électronique par simple messagerie. Ceux n'ayant pas opté pour la communication électronique devraient de même être en mesure de recevoir un tel formulaire électronique par messagerie à condition d'avoir enregistré préalablement leur adresse électronique auprès de la société. Aussi ce renvoi à l'article R. 225-61 C. com. complique-t-il inutilement les démarches parallèles à la convocation. La suppression du renvoi est cependant superflue en cas de réécriture de l'article R. 225-61 C. com.

451. La deuxième modification du corpus réglementaire à entreprendre concerne en effet l'article R. 225-61 C. com., dont il faudra revoir le champ d'application. Reste ainsi à choisir entre les sociétés dont les actions revêtent toutes la forme nominative (et pouvant être admises aux opérations d'un dépositaire central) et les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux opérations d'un dépositaire central (et revêtant nécessairement la forme nominative). Il n'est pas question d'imposer la faculté de voter électroniquement par messagerie, encore soumis au droit supplétif de l'article L. 225-107 II C. com. Une solution consiste à imposer le site internet dédié aux seules sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, pour lesquelles il reste la meilleure solution. Le silence du texte réglementaire, accompagné de l'autorisation légale de principe du vote électronique⁹²², libérerait les sociétés non cotées. Leur régime juridique serait ainsi allégé⁹²³.

⁹²¹ V. *supra*, « L'envoi sur demande de l'actionnaire », § 425.

⁹²² V. *supra*, « La clause statutaire », § 383.

⁹²³ Art. L. 225-107 et R. 225-61 C. com., v. annexe, « Proposition de révisions législatives et réglementaires », p. 497. Art. L. 225-107 C. com. modifié : I. Tout actionnaire peut voter par correspondance *ou par voie électronique*, au moyen d'un formulaire dont les mentions *et les modalités d'envoi* sont fixées par décret en Conseil d'État.

II. Si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence.

A. R. 225-61 C. com. modifié : « Lorsque les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé décident, conformément aux statuts, de permettre aux actionnaires de voter par voie électronique, elles aménagent un site exclusivement consacré à ces fins ». La formule « conformément aux statuts », s'adresse au II de l'article L. 225-107 C. com. (corrigé), c'est-à-dire au vote par visioconférence requérant une clause statutaire, mais n'impose pas pour autant que les statuts prévoient la faculté de voter par voie électronique dans le cadre du I dudit article.

II - Droit allemand

452. Le vote par correspondance (*Briefwahl*) est encore récent et il n'existe pas de normalisation du formulaire telle qu'en France. Le terme même de *Briefwahl* correspond en langage courant à une lettre postale⁹²⁴. Le § 118 II AktG dispose que l'expression du vote peut avoir lieu par écrit (*schriftlich*) ou par des moyens de télécommunication (*im Wege elektronischer Kommunikation*⁹²⁵). À première vue, le paragraphe semble mettre sur le même pied la forme du formulaire de vote et ses modalités d'envoi. En droit privé allemand, et notamment en droit des sociétés, le terme « *schriftlich* » renvoie au § 126 I BGB⁹²⁶, et implique un écrit signé à la main (ou un acte notarié). En vertu du § 126 III BGB, la « *schriftform* » peut par défaut être remplacée par un écrit sous forme électronique (*elektronischer Form*) défini par le § 126a BGB exigeant une signature électronique relativement lourde. Le § 118 II AktG se sert de la notion de « communication électronique » pour élargir au possible le catalogue des formes utilisables. La doctrine relève ainsi justement que l'expression de « communication électronique » est utilisée de manière générique (*untechnischer Oberbegriff*) : elle comprend, d'une part, tant l'écrit sous forme électronique⁹²⁷ (*elektronische Form* - § 126a BGB) que l'écrit simple (*Textform* - § 126b BGB), que, d'autre part, toute autre forme de déclaration de volonté par la voie électronique⁹²⁸.

Champ libre est ainsi laissé à la pratique pour organiser le vote par voie électronique. Il n'est pas rare de trouver dans les statuts de sociétés que la procédure relative au vote par correspondance sera fixée en détail par le directoire – et présentée dans la convocation. Le § 121 III 3 point 2b AktG impose aux sociétés cotées de mentionner dans la convocation la

⁹²⁴ « ‚Brief‘ bedeutet nicht ‚Papier‘ », F. DRINHAUSEN, in W. HÖLTERS, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2014, « § 118 AktG », n° 18 ; « Der Begriff der ‚Briefwahl‘ in § 118 II AktG-E ist unglücklich, da er zum einen den Eindruck eines Schriftformerfordernisses erweckt und zum anderen zu eng auf eine Wahl als besondere Beschlussform hindeutet. Statt dessen sollte durchgängig der neutrale Begriff der ‚Stimmabgabe in Abwesenheit‘ verwendet werden. » in, DAV, Handelsrechtsausschuss, « Stellungnahme zum RefE eines ARUG », *NZG*, 2008, p. 535.

⁹²⁵ Si le premier projet de loi ne prévoyait pas de communication électronique pour la *Briefwahl*, le projet de loi du gouvernement corrigea le texte, suivant la recommandation du DAV : cf. RefE ARUG, 06.05.2008, p. 7 ; RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 8 ; « Schon im Interesse einer Reduzierung des administrativen Aufwands sollte das Gesetz ausdrücklich auch die Möglichkeit einer Abstimmung im Wege elektronischer Kommunikation zulassen. » in, DAV, Handelsrechtsausschuss, « Stellungnahme zum RefE eines ARUG », *NZG*, 2008, p. 535 ; C. HORN, « Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung nach dem RefE zum ARUG », *ZIP*, 2008, p. 1564.

⁹²⁶ D. EINSELE, in F. J. SÄCKER, *Münchener Kommentar zum BGB*, T. 1, 6^e éd., 2012, « § 126 BGB », § 3.

⁹²⁷ Déjà utilisable en raison de la référence à la « *Schriftform* » (cf. § 126 III BGB).

⁹²⁸ F. DRINHAUSEN, *loc cit.* note 924 ; U. HÜFFER, *Aktiengesetz*, C.H. Beck, 11^e éd., 2014, « § 118 », § 8g ; M. ARNOLD *et al.*, « Aktuelle Fragen bei der Durchführung der Hauptversammlung », *AG*, 2011, p. 358 ; U. NOACK, « ARUG : das nächste Stück der Aktienrechtsreform in Permanenz », *NZG*, 2008, p. 445 ; K. VON NUSSBAUM, « Neue Wege zur Online-Hauptversammlung durch das ARUG », *GWR*, 2009, p. 215.

procédure à suivre pour voter par correspondance. Au-delà du vote par voie postale au moyen d'un formulaire traitable par lecture optique et ne méritant ici pas plus d'attention, deux procédures de vote électronique se dégagent des convocations des sociétés cotées de droit allemand : le vote à l'écran, et le vote par messagerie électronique ou par téléfax.

453. La procédure de vote à l'écran n'est pas inconnue des actionnaires de droit allemand ayant déjà formulé des directives de vote en ligne⁹²⁹. Avant l'ARUG de 2009, le « vote à distance » se limitait à la transmission de directives de vote à une personne mandatée sur une plate-forme de vote électronique mise en place par la société émettrice, son centralisateur d'assemblée, ou un institut financier tiers. Ces plates-formes mettant à la disposition des actionnaires un formulaire de vote interactif (*Internetdialog*) existent toujours. Aussi le gouvernement invita-t-il les sociétés à s'en servir pour mettre en place le vote électronique⁹³⁰.

454. Le droit allemand permet de plus implicitement la transmission du formulaire par simple messagerie électronique ou par téléfax⁹³¹. La forme pourra être libre pour les assemblées des sociétés de petites tailles. Elle consistera sinon en un formulaire intégré au message électronique, ou sera ajouté comme pièce jointe (après avoir été directement transmis par la société ou téléchargé sur le site internet de la société⁹³²). Quelques sociétés cotées au DAX l'autorisent en pratique, alors même que cette méthode fut reçue avec retenue par la doctrine et le *Bundesrat*⁹³³, qui soulève les deux problèmes rencontrés plus haut. Le premier concerne l'identification de l'expéditeur du message électronique, le second a trait aux difficultés et donc au coût du traitement et de l'exploitation des formulaires reçus par messagerie⁹³⁴. Les pistes de réflexion proposées pour le droit français, qui n'autorise pas encore la transmission des formulaires de vote par messagerie, peuvent trouver application en droit allemand⁹³⁵. L'identification des actionnaires au nominatif ayant opté pour une communication électronique avec la société ne présente pas de risques particuliers, tant que le

⁹²⁹ U. NOACK, « Briefwahl und Online-Teilnahme an der Hauptversammlung: der neue § 118 AktG », *WM* 2009, Heft 49, p. 2290 ; C. BUNKE, « Das Stimmrechtsvertretermodell als Grundlage der virtuellen Hauptversammlung » in, *Die Virtuelle Hauptversammlung*, D. ZETZSCHE (dir.), ESV, 2002, p. 21.

⁹³⁰ RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 27.

⁹³¹ Comme le droit des sociétés du Delaware par exemple, J. C. GIEDINGHAGEN, *Die virtuelle Hauptversammlung im US-amerikanischen und deutschen Aktienrecht*, Thèse, Kovac, 2005, p. 88.

⁹³² V. *supra*, « L'accès au formulaire », § 416.

⁹³³ « Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob und inwieweit Mindeststandards für die Identifizierung des im Wege elektronischer Kommunikation teilnehmenden oder per Briefwahl abstimmenden Aktionärs festzuschreiben sind » in, Bundesrat, « Empfehlung der Ausschüsse », BR-Drs. 847/1/08, 09.12.08 p. 2.

⁹³⁴ M. ARNOLD *et al.*, *loc. cit.* note 928 ; K. VON NUSSBAUM, *loc. cit.* 928.

⁹³⁵ V. *supra*, « Évolution envisageable pour les actionnaires au au nominatif », § 448.

formulaire de vote est transmis par l'actionnaire grâce à l'adresse électronique préalablement enregistrée auprès de la société.

§ 3 - La correction du formulaire

455. Nombreuses peuvent être les raisons de corriger un vote. L'actionnaire peut vouloir enregistrer ses intentions de votes sur la plate-forme de vote mais attendre les bulletins d'information d'entreprises de conseil en vote avant de les valider. L'actionnaire s'est sinon peut-être tout simplement trompé ou a omis de cocher une case. L'actualité sociale peut aussi convaincre l'actionnaire de s'aligner sur une autre position. L'actionnaire peut enfin vouloir se rapprocher d'un groupement d'actionnaires qui ne l'avait pas encore contacté ou dont il n'avait jusqu'alors pas connaissance.

Les inconvénients d'une telle démarche sont cependant tout aussi nombreux. La transmission d'un nouveau formulaire de vote à la société revient logiquement à une surcharge de travail pour cette dernière, c'est-à-dire à une perte de temps et à une augmentation du coût de l'assemblée. Elle devrait d'abord systématiquement vérifier à la réception de tout formulaire que l'actionnaire n'a pas déjà émis un vote à distance. L'intermédiaire financier devrait quant à lui numériser puis transmettre le nouveau formulaire reçu par son client actionnaire à la société émettrice, en l'accompagnant d'une nouvelle attestation d'inscription en compte. Enfin, la transmission de formulaires de vote, et notamment de ceux provenant de l'étranger, souffre d'un taux d'erreur non négligeable. L'interdiction française de la modification des formulaires a ainsi été pensée « pour éviter tout risque d'erreur » supplémentaire⁹³⁶ (II). Comment alors expliquer que le droit allemand et sa pratique permettent la correction des formulaires si aisément (I) ?

I - Droit allemand

456. L'organisation du vote à distance relevant du pouvoir des statuts, ou du directoire sur habilitation statutaire (§ 134 IV), il n'est pas étonnant que les règles posées aient été inspirées de celles plus anciennes applicables au vote par procuration. Les sociétés offrant à leurs actionnaires la faculté de transmettre à l'écran des directives de vote à un mandataire (qu'elles désignent) permettent aussi de les modifier et de révoquer (*Widerruf*) la procuration jusqu'à

⁹³⁶ ANSA-CFONB, *op. cit.* note 896, Annexe, p. 6.

une certaine date. Cette date limite de modification ou de révocation correspondra le plus souvent à la date limite de réception des formules de procuration fixée par la société.

Sur le même schéma, la société peut permettre de révoquer un formulaire de vote à distance préalablement communiqué à la société. Il faut ainsi distinguer les situations dans lesquelles l'actionnaire est explicitement autorisé dans la convocation à révoquer un formulaire de vote (et dont les délais et la procédure à suivre lui sont clairement détaillés), de celles dans lesquelles la convocation n'indique rien à ce sujet.

457. Dans la première hypothèse, l'actionnaire est soumis aux règles spéciales définies par le directoire dans la convocation sur habilitation de l'*Aktiengesetz*⁹³⁷. La quasi-totalité des sociétés cotées offrant la faculté de voter à l'écran permettent une modification des votes jusqu'à la date limite de transmission. Les règles relatives à la modification ou à la révocation des votes exprimés sont toutefois intéressantes. Des règles de priorité, librement fixées par les sociétés, peuvent être dégagées. Elles ne sont pas nécessairement dictées par un parallélisme des formes⁹³⁸. Ainsi, si un formulaire de vote envoyé par voie postale, par messagerie électronique ou télécopie révoquera un vote préalablement transmis à l'écran, la réciproque sera en général refusée. Priorité est ainsi donnée aux formulaires non traités de manière automatique.

458. Dans la seconde hypothèse, le droit commun du BGB relatif à la révocation de déclaration de volonté s'applique⁹³⁹. L'expression du vote est une déclaration de volonté au sens du droit civil allemand. La déclaration de volonté transmise à un destinataire absent n'est effective qu'une fois reçue (§ 130 I BGB). Elle n'est cependant pas effective si elle est reçue en même temps qu'une révocation ou précédée par elle. D'aucuns estiment que le destinataire du formulaire de vote étant le président de l'assemblée, et non la société, la révocation devra en principe être prise en compte jusqu'au jour de l'assemblée, même si le formulaire a déjà été reçu par la société⁹⁴⁰. Ce raisonnement omet toutefois que la convocation doit communiquer une adresse à laquelle les formulaires doivent être transmis. La date de réception à cette adresse s'impose à l'actionnaire en droit des sociétés, et vaut ainsi date de réception au sens civil du terme. Une fois reçue, la déclaration de volonté ne peut en principe

⁹³⁷ F. DRINHAUSEN, *loc cit.* note 924 ; U. NOACK, *loc.cit.* note 928.

⁹³⁸ Cf. M. ARNOLD *et al.*, *loc. cit.* note 928.

⁹³⁹ U. NOACK, *op cit.* note 929, p 2291.

⁹⁴⁰ C. HORN, *loc. cit.* note 925.

être révoquée que pour cause sérieuse. Au regard des délais très courts de traitement des votes, l'on ne peut pas exiger de la société de juger de la cause de la révocation. Aussi le droit commun de la révocation en cas de réception de la déclaration de volonté s'oppose-t-il aux impératifs du droit des sociétés et doit alors être écarté.

459. En cas de correction d'instructions de vote par des médias différents, la doctrine estime qu'aucune méthode de communication n'est *a priori* plus importante que l'autre et que la seule règle logique à retenir par défaut est d'ordre chronologique. Pour certains, le dernier formulaire parvenu à la société dans les délais accordés remplace et annule celui préalablement reçu, sachant que si la date d'arrivée des votes n'est pas clairement déterminable, une liste de priorité par média peut être définie⁹⁴¹. Le critère de la date de réception des votes n'est toutefois pas satisfaisant. Imaginons un actionnaire envoyant à la société un formulaire de vote papier par voie postale à J-3 (avant la date limite de réception fixée par la société). Il corrige ses votes à J-2 sur internet, sachant qu'un envoi postal arriverait trop tard et que cet envoi électronique arrivera immédiatement à la société. Sa lettre comportant ses premières instructions (erronées) de vote parvient à la société à J-1 et devrait, selon la logique précitée, être prise en compte et annuler les instructions de vote transmises par voie électronique.

Certaines sociétés interdisent simplement la correction d'un formulaire de vote par correspondance (ou par procuration) par un autre moyen⁹⁴². Mais en l'absence de règles, le critère chronologique ne peut être pris en compte que lorsque qu'il est certain que les dernières instructions reçues par la société sont les dernières envoyées par l'actionnaire (à l'aide du cachet de la poste par exemple). En cas de doute, et *a fortiori* durant les cinq derniers jours précédant la date limite de réception des formulaires, la voie électronique doit primer sur la voie postale, justement car son immédiateté permet de corriger des votes jusqu'à la dernière seconde précédant le terme au-delà duquel les formulaires ne sont plus pris en compte. Au sein de la voie électronique, il faudra encore donner priorité aux instructions transmises par la plate-forme de participation mise en place par la société, et ensuite celles éventuellement transmises par courriel, puis par fax. Les règles de priorité devraient ainsi

⁹⁴¹ « Z.B. Schriftform vor Telefax vor E-Mail/Internet-Dialog », M. ARNOLD *et al.*, *loc. cit.* note 928.

⁹⁴² Beiersdorf AG, « Einladung zur HV », 04.03.2014 : « Eine mittels des Briefwahlformulars erteilte Stimmabgabe kann auch nicht über das Internet widerrufen oder geändert werden ».

dépendre des modalités d'envoi des formulaires et non de leur forme (*Schriftform* ou *Textform*)⁹⁴³.

II - Droit français

460. L'actionnaire ayant voté à distance peut-il modifier ses votes après les avoir transmis à un intermédiaire de la chaîne de vote ? La question ne se pose bien sûr en France qu'avant la date limite de réception des formulaires de vote. En l'occurrence, la pratique fait le choix de l'irrévocabilité (A), bien qu'il ne soit pas dicté par le droit (B).

A) L'irrévocabilité prônée par la pratique

461. La correction du formulaire est rejetée par la pratique française. En cas de transmission de plusieurs formulaires de vote pour le même paquet d'actions, seul le premier formulaire de vote reçu sera pris en compte. Le *Vade mecum* de l'ANSA juge que cela vaut en cas de votes répétés, « sur un formulaire papier puis sur un Formulaire Unique Électronique (ou *vice versa*) ou sur deux Formulaires électroniques »⁹⁴⁴. L'accord de place définit alors la réception du formulaire VPC par « la date et l'heure de réception par le teneur de compte ». Quant au formulaire électronique, il est « irrévocable, en ce qui concerne l'expression du vote, dès lors qu'il a pénétré dans un sas d'accueil du système dédié au vote ».

462. Toutefois, si l'actionnaire se voit attribuer des voix supplémentaires après avoir renforcé sa position dans le capital, il pourra transmettre à la société un second formulaire de vote⁹⁴⁵. Ce nouveau formulaire n'annulera cependant pas le premier. La pratique estime logiquement que ce second formulaire ne pourra exprimer que les voix attachées au nouveau paquet d'actions, dont l'intermédiaire devra, le cas échéant, attester de l'inscription en compte. Cette règle s'applique au formulaire VPC comme au formulaire électronique⁹⁴⁶.

⁹⁴³ Certaines sociétés privilégient les formulaires papier par rapport aux formulaires électroniques ; Commerzbank AG, « Einladung zur HV », 27.03.2014 ; Beiersdorf AG, 04.03.2014 : « *Sollte der Aktionär sein Stimmrecht durch Briefwahl fristgemäß sowohl mittels des Briefwahlformulars als auch über das Internet ausüben, wird unabhängig von den Eingangsdaten ausschließlich die mittels des Briefwahlformulars erteilte Stimmabgabe als verbindlich betrachtet* ».

⁹⁴⁴ ANSA-CFONB, *op. cit.* note 896, Annexe, p. 3.

⁹⁴⁵ Directement ou, le cas échéant, par l'entremise de son intermédiaire financier.

⁹⁴⁶ « Pour les actions nominatives, il est alors admis qu'en vue de la prise en compte des *droits de vote doubles*, les actions *le plus anciennement détenues* seront affectées au *premier* Formulaire Unique Électronique de vote *émis* (l'horodatage délivré par le premier sas d'accueil faisant foi). » *in*, ANSA-CFONB, *op. cit.* note 896, Annexe, p. 3.

B) Le régime juridique de l'interdiction

463. La modification des votes est imposée par l'article R. 225-85 IV C. com. en cas de cession de titres intervenant avant la date d'enregistrement (*record date*), soit « le deuxième jour ouvré précédant l'assemblée à zéro heure, heure de Paris »⁹⁴⁷. Si l'actionnaire a cédé l'ensemble de ses actions, la société invalide l'ensemble de ses votes opérés à distance. Si l'actionnaire a seulement allégé sa position dans la société, le nombre de voix exprimables sera corrigé en fonction du nombre d'actions détenues après la cession. L'intermédiaire financier ayant transmis un formulaire de vote à un émetteur pour le compte de son client actionnaire est contraint de notifier à la société toute cession de titre et de lui transmettre « les informations nécessaires »⁹⁴⁸. Selon les termes précités de l'ANSA, l'irrévocabilité opérée en pratique ne vaut que pour « l'expression du vote » (Oui / Non / Abstention), mais non pour son poids, que le règlement impose de contrôler. Des mécanismes de correction existant en cas de cession de titres, la modification de votes exprimés n'est manifestement pas impraticable. Elle est d'autant plus aisée en ligne⁹⁴⁹.

464. La modification des votes émis à distance est-elle interdite par le droit français hors hypothèse de cession de titres ? Il semble que non.

Certes, l'article R. 225-85 III C. com.⁹⁵⁰ dispose que lorsque « l'actionnaire a déjà exprimé son vote à distance, envoyé un pouvoir ou demandé sa carte d'admission [...], il ne peut plus choisir un autre mode de participation à l'assemblée, sauf disposition contraire des statuts ». Cette disposition interdit de voter par l'intermédiaire de deux canaux différents. Il n'interdit pas *stricto sensu* de modifier un vote exprimé à distance grâce au même mode de participation que celui utilisé une première fois. En effet l'article R. 225-85 III C. com. n'interdit pas, en l'occurrence, de modifier un formulaire VPC par un second, un formulaire électronique par un second, ni même un formulaire VPC par un formulaire électronique (ou inversement). Ces deux modalités d'expression du vote entrent dans le même mode de participation à l'assemblée énuméré par l'article, à savoir le « vote à distance ».

⁹⁴⁷ Depuis le 1^{er} janvier 2015, v. *supra*, « La date d'enregistrement... », § 340.

⁹⁴⁸ Cette précision est justifiée par les contraintes relatives au secret bancaire incombant à l'intermédiaire financier.

⁹⁴⁹ « S'agissant de l'information permettant de rectifier le nombre de voix en cas de cession par l'actionnaire alors que le nombre de ses voix a déjà été validé, elle est transmise par l'établissement financier teneur de compte en France qui exécute l'ordre de vente, au point du circuit qui lui a été désigné ». ANSA-CFONB, *op. cit.* note 896, Annexe, p. 7.

⁹⁵⁰ Relatif à la participation aux assemblées de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou aux opérations d'un dépositaire central.

465. L'irrévocabilité des formulaires de vote imposée en pratique doit ensuite être analysée au regard du régime juridique de la révocation des formules de procuration. Contrairement à la modification du vote, la révocation d'une procuration est explicitement prévue en droit français. Or la révocation d'une procuration est comparable à la modification d'un vote, au regard notamment des procédures à suivre et de la surcharge de travail pour la société et les intermédiaires⁹⁵¹. Les règles dédiées au vote par procuration ne peuvent pas être appliquées par analogie au vote par correspondance ou au vote électronique⁹⁵². Or les régimes sont très proches. Leurs divergences sont ainsi sources d'enseignements.

466. L'irrévocabilité de certaines procurations électroniques est posée à l'article R. 225-80 C. com., qui déclare que les instructions comportant procuration ou pouvoir données par la voie électronique dans les conditions définies à l'article R. 225-61 C. com. sont irrévocables dès leur réception par la société⁹⁵³. Deux remarques s'imposent.

D'une part, aucune mention similaire n'est faite pour le vote à distance. Cet article R. 225-80 C. com., fixant la date limite de réception des procurations, est l'équivalent fonctionnel de l'article R. 225-77 al. 1^{er} C. com. fixant la date limite de réception des formulaires de vote à distance. Ce dernier ne prévoit de son côté aucun type d'irrévocabilité pour les formulaires de vote, ce qu'il pourrait très bien faire.

D'autre part, l'article en question ne concerne que les formulaires de procuration transmis sous la tutelle de l'article R. 225-61 C. com. imposant la mise en place d'un site internet pour l'organisation du vote électronique. L'irrévocabilité ne vaut pas pour les procurations transmises par voie postale ou par messagerie électronique puisque l'article R. 225-79 al. 6 C. com. dispose clairement que les sociétés cotées « permettent la notification de la désignation et de la révocation du mandataire par voie électronique ». L'irrévocabilité de

⁹⁵¹ L'on pourrait au contraire arguer que la révocation d'un mandataire est primordiale à l'exercice du droit de vote, en cas de conflit d'opinions ou d'intérêts, mais aussi plus simplement si le mandataire se trouve empêché d'aller à l'assemblée. Le vote à distance sera quant à lui pris en compte et sa modification n'est qu'une question de confort.

⁹⁵² L'article R. 225-82 C. com. dispose que les « formulaires de procuration et de vote à distance transmis par voie électronique dans les conditions définies à l'article R. 225-61 respectent les règles fixées aux articles R. 225-76 à R. 225-81 [...] pour les formulaires de procuration et de vote par correspondance ». Cependant, cela ne signifie pas que des dispositions relatives au vote par procuration s'appliquent au vote à distance, mais simplement que, d'un côté, la procuration électronique doit suivre les règles de la procuration classique et que, de l'autre côté, le vote électronique doit suivre les règles du vote par correspondance classique.

⁹⁵³ Sauf bien sûr en cas de cession de titres avant J-3, au sens de l'article R. 225-85 IV C. com.

l'article R. 225-80 C. com. est ainsi une exception. Elle n'est explicitée que pour poser une limite au droit à la révocation du mandataire dans la situation particulière du vote à l'écran⁹⁵⁴.

467. Le droit français ne fait aucune allusion à une quelconque irrévocabilité des formulaires de vote par correspondance ou des formulaires électroniques. Une telle irrévocabilité ne saurait résulter que d'une clause statutaire, voire d'une décision des dirigeants sur habilitation statutaire. Dans cette hypothèse, l'irrévocabilité du vote, en tant qu'atteinte au droit de vote, doit s'appliquer sans entorse à l'ensemble des actionnaires ayant exprimé un vote.

Une référence à l'article R. 225-85 III C. com., relatif aux choix exclusifs de la modalité de participation à l'assemblée, ne suffit pas à poser l'irrévocabilité des votes, pas plus que la commune référence aux conditions fixées par la réglementation en vigueur. À défaut de toute règle statutaire ou d'irrévocabilité explicite dans la convocation, le second formulaire de vote par correspondance reçu par la société pour un même paquet d'actions devrait corriger le premier. Si l'irrévocabilité des formulaires VPC est compréhensible, il devrait du moins être possible de corriger un vote électronique. Là réside bien tout l'intérêt d'un traitement automatisé des informations. Les coûts supplémentaires supportés par l'émetteur, indexés sur le trafic des informations lui étant transmises, seraient très limités.

§ 4 - La traçabilité du formulaire électronique

468. La traçabilité du vote en assemblée est une question éthique, mais n'est pas une exigence de nature légale. La traçabilité consiste à permettre de contrôler *a posteriori* qu'une information émise a bien suivi la route qui lui était attribuée. Il s'agit, en d'autres termes, de permettre à l'actionnaire d'obtenir la preuve par tout moyen que son vote a bien été pris en compte par la société, en détaillant éventuellement les différentes étapes de transmission des informations. L'enjeu n'est autre que le respect de l'exercice du droit de vote des actionnaires.

L'absence de retour en réponse à l'exercice de son droit de vote revient à donner ses instructions au buraliste sans exiger son billet de loterie. Il en va, d'une part, de la confiance dans le système de vote, dont le cadre juridique général est certes réglementé, mais dont la forme du scrutin est parfaitement libre. Le déficit d'information est en effet très critiqué, et

⁹⁵⁴ Ironie de la situation, l'article R. 225-80 C. com. n'est pas strictement appliqué ; v. *infra*, « La révocation de la procuration », § 501.

notamment par les actionnaires non-résidents se sentant quelque peu délaissés⁹⁵⁵. Or plus la distance géographique, institutionnelle et juridico-culturelle est importante entre un actionnaire et la société, plus l'urgence d'une traçabilité se fait ressentir, d'autant que le risque d'erreur augmente proportionnellement au nombre d'intermédiaires impliqués dans la transmission des informations. Il s'agit, d'autre part, d'établir les responsabilités, le cas échéant, en localisant les défaillances dans la chaîne d'information ayant été établie lors de la préparation du scrutin.

469. La traçabilité des informations est l'un des grands défis pour assurer la confiance dans les nouvelles technologies de communication. La problématique est omniprésente en matière de cybercriminalité et soulève une série de questions relatives aux modes de preuve. Les conditions d'admissibilité des preuves sont certes moins restrictives en matière pénale qu'en matière civile et commerciale, la recherche de la vérité y étant considérée comme primordiale pour l'intérêt public et le respect des libertés fondamentales. Mais si la preuve est dite libre en matière commerciale, elle est toutefois soumise à différentes conceptions juridiques et éthiques telles que les impératifs de légalité et de loyauté. À ce titre, la recherche de la vérité ne saurait justifier l'intrusion dans les systèmes informatiques du centralisateur de l'assemblée générale pour vérifier qu'un vote a bien été comptabilisé. En cas de soupçons de fraude ou d'erreur préjudiciable lors du vote en salle (I) ou à la suite de la transmission d'instructions de vote à distance (II), l'actionnaire devra apporter des éléments matériels justifiant l'ouverture d'une instruction susceptible, par la suite, de convaincre un juge.

I - Pour les votes électroniques en salle

470. La traçabilité du vote en assemblée n'est tout simplement pas toujours possible, elle n'est pas d'ailleurs toujours souhaitée. Comment contrôler *a posteriori* le décompte d'un vote ayant eu lieu à main levée ? Un enregistrement vidéo des assemblées de sociétés de petite taille serait utopique, une obligation de conservation d'une telle preuve d'autant plus absurde. Seule la confrontation de témoignages est envisageable, avec les probabilités de clarification qu'on connaît à ce mode de preuve, surtout en situation conflictuelle entre actionnaires. Comment contrôler *a posteriori* la prise en compte de voix exprimées par boîtier électronique

⁹⁵⁵ AMF, *Les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées*, Rapport O. POUPART LAFARGE (dir.), 07.02.2012, p. 27.

si le fichier informatique n'est pas conservé afin de préserver le secret du scrutin pouvant être prévu par les statuts⁹⁵⁶ ?

Le rapport Mansion de l'AMF⁹⁵⁷ reconnaissait en 2005 que « concernant le vote en séance, seule la technologie du boîtier électronique offre cette possibilité. Comme pour la diffusion de l'information préalable à l'assemblée, il apparaît que seule l'utilisation systématique des sites Internet des sociétés permettra d'améliorer cette situation. Cette absence d'accusé de réception est regrettée par certains actionnaires, qui n'ont pas une confiance totale dans la fiabilité de la centralisation des votes »⁹⁵⁸. L'AMF recommande depuis 2012 aux sociétés « utilisant le vote par boîtier électronique [de] respecter les principes de traçabilité, de robustesse contre les éléments d'intrusion, et en tout état de cause, de garantie d'intégrité des données échangées, d'archivage et de conservation des données pendant au moins 3 ans, en corrélation avec le délai de prescription d'une action en nullité (article L. 235-9 du code de commerce) »⁹⁵⁹. Dans l'affaire Vivendi présentée plus bas, la remise des boîtiers et système électronique de comptage a permis à un expert d'établir la vérité quant au prétendu piratage de l'assemblée⁹⁶⁰.

471. Dans les situations potentiellement conflictuelles, celles par exemple dans lesquelles les votes par correspondance et le nombre des pouvoirs donnés au président laissent présager un résultat serré, le bureau de l'assemblée doit ainsi prendre soin de conserver toute preuve (bulletins de vote ou fichier informatique) relative aux votes des actionnaires en salle⁹⁶¹. Parallèlement, les actionnaires votant en salle grâce à un boîtier électronique devraient pouvoir exercer un droit de regard sur les informations transmises. Rien n'empêcherait en effet de demander à l'actionnaire – sur la fiche de demande de carte d'admission – son accord

⁹⁵⁶ Cf. par ex. Statuts Pernod-Ricard SA, 2012, art. 33 : « Les votes sont exprimés soit par mains levées, soit par appel nominal, soit par bulletins, soit par correspondance ; toutefois, il doit être procédé à un scrutin secret sur la demande des membres de l'Assemblée représentant un dixième au moins du capital présent ou représenté à ladite Assemblée ».

⁹⁵⁷ AMF, *Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France*, Rapport Y. MANSION (dir.), 06.09.2005, p. 38.

⁹⁵⁸ *Ibidem*.

⁹⁵⁹ AMF, *La participation des actionnaires aux assemblées générales*, 21.04.2006 (24.04.2007) ; si le procès-verbal consigne les résultats des votes, il ne doit pas faire le détail du dépouillement des voix (cf. R 225-106 C. com.). Ni la loi, ni le règlement n'exigent *a priori* qu'il soit gardé trace du décompte. La société se trouvera seulement en mal de preuves en cas de contestation des résultats.

⁹⁶⁰ V. *infra*, « Le vote électronique en salle », § 523.

⁹⁶¹ « Si le vote est susceptible d'avoir des suites contentieuses, il est préférable de procéder à un vote par appel nominal afin de conserver trace dans le procès-verbal du sens dans lequel chaque actionnaire a voté. Sinon le scrutin secret peut être utilisé, car il suffit de savoir si la majorité a été atteinte et non quelle est la composition de cette majorité. » in, Y. GUYON, « Assemblées d'actionnaires », *Rép. soc.*, 2002 (déc. 2010), § 119.

pour se voir communiquer directement par message électronique la confirmation de ses instructions de vote.

II - Pour les votes à distance

472. La traçabilité des votes par correspondance dépend largement du nombre d'intermédiaires entre l'actionnaire et la société, et de la diligence avec laquelle les membres de la chaîne gèrent la réception et la transmission des informations. Il n'est pas rare que des votes ne parviennent pas à la société sans qu'il soit possible d'identifier le maillon manquant⁹⁶², ni même d'obtenir un récapitulatif auprès de la société des voix qu'elle a enregistrées⁹⁶³.

473. La traçabilité des votes transmis par voie électronique n'est pas techniquement difficile à établir, étant donné que chaque étape est documentée et archivée.

L'attestation des instructions de vote imprimable depuis la plate-forme *Votaccess* est une fonctionnalité simple et pleine de bon sens. Une telle attestation prend toutefois tout son sens lorsque l'actionnaire est capable d'exiger du centralisateur une attestation *post votum* afin de comparer les orientations données à *Votaccess* avec celles reçues par l'émetteur. La quittance des votes devrait ainsi être envoyée automatiquement par voie électronique par le centralisateur à l'actionnaire ayant voté par *Votaccess*, sauf demande contraire de ce dernier, avec les résultats du vote des résolutions. Cet envoi ne devrait pas nécessairement passer par

⁹⁶² « De nombreux actionnaires lointains se plaignant de ne recevoir aucune confirmation de leur vote, la réclamation au scrutateur et son intervention permettrait soit de retrouver le vote manquant soit d'établir la responsabilité du prestataire ou de l'intermédiaire défaillant. L'accès détaillé à l'ensemble des formulaires de vote d'une assemblée générale est en principe ouvert pour une période de trois ans à tout actionnaire en faisant la demande. La réalité du respect de ce droit, sans le recours à la présence d'un huissier, est hélas plus fréquente qu'on le croit, Proxinvest s'étant fait à deux reprises refuser par de grands émetteurs l'accès aux formulaires de vote de grandes assemblées générales. Il reste que ce droit existe et doit être protégé car il constitue en soi une formidable protection des actionnaires quant à l'intégrité générale du processus de vote. » *in*, PROXINVEST, « Catalogue pour l'amélioration des assemblées générales d'actionnaires », nov. 2010 (10.2011), p. 26.

⁹⁶³ A. LAMBERT, « Assemblées générales, le long chemin vers le vote électronique », *agefi.fr*, 21.10.2010 : « Une situation déplorée par le financier Guy Wyser-Pratte lors d'un débat à l'occasion de la remise des Grands Prix du Gouvernement d'Entreprise : « *J'ai été averti en arrivant à l'assemblée générale de Lagardère en avril dernier que la moitié de mes voix n'étaient pas enregistrées (...)* Je n'ai pas le moyen en tant qu'actionnaire d'avoir le calcul exact des voix » ; ces questions s'appliquent de même pleinement à la contestation du résultat d'un vote, notamment pour abus : « La mise en cause personnelle d'un actionnaire suppose que le procès-verbal de l'assemblée permette d'identifier ceux qui ont voté en faveur de l'adoption de la résolution qui a causé le dommage, ce qui n'est pas toujours le cas. La responsabilité personnelle demeure donc exceptionnelle et ne se rencontre guère qu'en cas de volonté de nuire. » Y. GUYON, « Assemblées d'actionnaires », *Rép. soc.*, 2002 (déc. 2010), § 205.

*Votaccess*⁹⁶⁴. Un contrôle effectif des informations transmises par la chaîne serait ainsi toutefois assuré, même dans l'hypothèse théorique où une faille de sécurité toucherait la plateforme de vote.

474. Les choses risquent d'évoluer puisque la proposition de directive de 2014 prévoit en son article 3 quater intitulé « facilitation de l'exercice des droits des actionnaires » que les « États membres garantissent que les entreprises confirment le vote exprimé en assemblée générale par les actionnaires ou en leur nom [et que] lorsqu'un intermédiaire exprime son vote, il transmet la confirmation de vote à l'actionnaire. Lorsque la chaîne de détention compte plusieurs intermédiaires, la confirmation est transmise sans délai indu entre les intermédiaires », poursuit le texte⁹⁶⁵. Cette disposition va ainsi encore plus loin que les recommandations du Rapport Mansion de 2005 estimant « que la traçabilité du vote doit pouvoir être assurée tout au long du processus »⁹⁶⁶, mais aussi que celles du Rapport Lafarge de 2012 invitant premièrement à « étudier la mise en place d'un système de nature à permettre à l'investisseur final non-résident d'obtenir une information sur l'exercice effectif de son droit de vote lorsque celui-ci est réalisé par voie électronique »⁹⁶⁷, comme l'ANSA le recommandait, au demeurant, dans son *Vade mecum* depuis 2002⁹⁶⁸. Face aux réserves et difficultés rencontrées par les émetteurs, l'AMF conseillait dans son bilan de 2015 d'« étudier la mise en place d'un système de nature à permettre à l'actionnaire final, résident ou non-résident, d'obtenir une information sur l'exercice effectif de son droit de vote **même** lorsque celui-ci **n'est pas** réalisé par voie électronique »⁹⁶⁹.

⁹⁶⁴ Car toute information qui peut être « corrigée » dans un sens peut *a priori* l'être dans l'autre sens.

⁹⁶⁵ Art. 3 quater § 3 dir. « actionnaires » II : « La Commission est habilitée à adopter des actes d'exécution pour préciser les exigences en matière de facilitation de l'exercice des droits des actionnaires prévues aux paragraphes 1 et 2 du présent article, notamment en ce qui concerne le type et le contenu de la facilitation, le format de la confirmation de vote et les délais à respecter. » *in*, Proposition de directive modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, 09.04.2014, COM(2014) 213 final, 2014/0121 (COD), p. 11.

⁹⁶⁶ Rapport Y. MANSION, *loc. cit.* note 958.

⁹⁶⁷ Cf. code AFG, « *Recommandations sur le gouvernement d'entreprise* », janv. 2011, cité par O. POUPART LAFARGE, *in* AMF, *Les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées*, 07.02.2012, p. 17 ; AMF, *Mise en œuvre des propositions du rapport de l'AMF de 2012 sur les assemblées générales d'actionnaires des sociétés cotées*, 11.02.2015, p. 37.

⁹⁶⁸ « Un *accusé de réception définitif* doit être émis lorsque le Formulaire Unique Electronique est déversé dans l'urne définitive, pour attester de sa prise en compte ; tout *accusé de réception* est adressé à la personne qui a transmis le Formulaire Unique Electronique. » *in*, ANSA-CFONB, « Vote internet aux assemblées générales d'actionnaires - Accord de place sur un *Vade mecum* », n° 3104, mai 2002 (30.09.2007), Annexe, p. 4.

⁹⁶⁹ (En caractères gras dans le texte) AMF, *Mise en œuvre des propositions du rapport de l'AMF de 2012 sur les assemblées générales d'actionnaires des sociétés cotées*, 11.02.2015, p. 37.

Conclusion intermédiaire

475. Il faut distinguer les procédures réservées aux actionnaires au nominatif de celles dédiées aux actionnaires au porteur. En France, tous les actionnaires au nominatif peuvent envoyer par voie postale leurs formulaires papier de vote par correspondance directement à la société ou à son centralisateur d'assemblée, à l'adresse postale indiquée dans la convocation. En Allemagne, seules les sociétés autorisant le vote par correspondance permettent à leur actionnaire au nominatif d'envoyer un formulaire de vote par voie postale. Dans les deux pays, la transmission des votes par voie électronique est relativement aisée pour l'actionnaire au nominatif, pour la simple raison qu'il dispose d'un numéro d'identification, voire d'une adresse électronique, connus de la société. Le centralisateur de l'assemblée permet ainsi aux actionnaires au nominatif un accès rapide à une plate-forme électronique de vote pré-assemblée, mise en place par ses soins ou par un prestataire de service⁹⁷⁰.

476. Pour ce qui a trait aux actionnaires au porteur, la procédure est nécessairement plus complexe, en raison des exigences liées à l'identification de l'actionnaire. En France, le formulaire papier est envoyé par voie postale par l'actionnaire au porteur à son intermédiaire financier teneur de compte. Ce dernier numérise le formulaire ou l'envoie, tel quel, directement au centralisateur de l'assemblée (chargé du décompte final), en accompagnant le document d'une attestation d'inscription en compte prouvant sa qualité d'actionnaire et le nombre de voix dont il dispose. Si l'intermédiaire financier et l'émetteur – le cas échéant par l'intermédiaire de son centralisateur d'assemblée – ont adopté la plate-forme de vote électronique *Votaccess* de SLIB, l'actionnaire au porteur doit, en premier lieu, aller sur le site internet de son teneur de compte, ce qui permet son identification. Il sera ensuite redirigé vers la plate-forme de vote *Votaccess*, qui contrôle le nombre d'actions possédées auprès de l'intermédiaire financier, puis transmet le formulaire électronique de vote au centralisateur de l'assemblée.

477. En Allemagne, les actionnaires au porteur n'ont accès que dans certains rares cas⁹⁷¹ à la plate-forme de vote électronique, seulement après avoir reçu une carte d'admission à l'assemblée, sur laquelle figurent les informations nécessaires au vote par correspondance.

⁹⁷⁰ SLIB (*Votaccess*) en France, ADEUS (STARvote) en Allemagne.

⁹⁷¹ BMW AG St, Heidelberg Cement AG.

L'identification de l'actionnaire ainsi que le nombre d'actions dont il dispose est effectuée lors de la demande de la carte d'admission, à laquelle une attestation d'inscription en compte doit être jointe. Cette demande peut certes être transmise à la société par messagerie électronique, mais en règle générale, ces démarches sont directement entreprises par le teneur de compte, sur requête de son client actionnaire.

478. Certaines sociétés allemandes, indépendamment de la forme des actions, autorisent l'envoi des formulaires de vote par fax ou simple messagerie électronique⁹⁷², ce qui n'est pas autorisé en droit français. Si les convocations n'exigent des actionnaires au nominatif aucun document supplémentaire à joindre au formulaire de vote, les actionnaires au porteur doivent y joindre une attestation d'inscription en compte. Sous cette forme, le vote par correspondance s'exerce de la même manière que les autres droits évoqués jusqu'à présent. Reste à déterminer si les teneurs de compte communiqueront à l'avenir aussi les formulaires de vote comme ils transmettent les demandes de cartes d'admission. À défaut, l'actionnaire au porteur de droit allemand devra toujours demander une attestation d'inscription en compte, mais cette demande peut en principe se faire par voie électronique, *a fortiori* lorsque le compte-titres est géré en ligne.

⁹⁷² Par exemple Infineon AG (actions au nominatif), Beiersdorf AG (actions au porteur).

CHAPITRE 2 - LE RÔLE AMBIVALENT DE LA PROCURATION PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

*« Un bon gouvernement d'entreprise nécessite une
procédure de vote par procuration souple et efficace »⁹⁷³.*

479. Contrairement au vote par correspondance apparu relativement tardivement, la faculté pour l'actionnaire de se faire représenter à l'assemblée générale existe en France comme en Allemagne depuis 1966⁹⁷⁴. Ouverte à tout tiers en Allemagne, et notamment aux instituts financiers faisant l'objet de dispositions spécifiques, la procuration n'était officiellement offerte en France jusqu'en 2010 qu'à un autre actionnaire ou au conjoint. Le régime français de la procuration s'est assoupli grâce une transposition tardive de la directive « actionnaires » opérée par ordonnance, acceptant dès lors la procuration à un tiers (art. L. 225-106 C. com.⁹⁷⁵). Les personnes sollicitant des mandats sont depuis soumises à une série d'obligations de déclarations relatives au conflit d'intérêts et à la politique de vote.

Contrairement au vote à distance qui doit seulement être permis en droit national, la directive « actionnaires » impose aux législations nationales un certain régime juridique relatif à la représentation des actionnaires absents, notamment en ce qui concerne les « formalités concernant la désignation du mandataire et la notification y [étant⁹⁷⁶] relative » (art. 11. dir. « actionnaires »). Les droits français et allemand ont ainsi allégé les formalités de désignation et de révocation des mandats.

⁹⁷³ Cons. n° 10 dir. « actionnaires », 2007.

⁹⁷⁴ Cf. art. 161 (ab.) loi du 24.07.1966, entrée en vigueur au 01.02.1967, la procuration n'était pas prévue dans la loi sur les sociétés du 24 juillet 1867, ni dans sa version du 1^{er} août 1893 ; § 134 AktG, loi du 06.09.1965, entrée en vigueur au 01.01.1966.

⁹⁷⁵ Modifié par art. 3 ord. n° 2010-1511 du 09.12.2010 portant transposition de la directive 2007/36/CE du 11.07.2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées, JORF 10.12.2010, p. 21612 ; cf. art. 11 § 1 dir. « actionnaires ».

⁹⁷⁶ Sic.

La procuration sans indication de mandataire équivaut en droit français à celle donnant pouvoir au président de l'assemblée (art. L. 225-106 al. 8 C. com.)⁹⁷⁷. Donner pouvoir au président revient en France comme en Allemagne à voter pour les résolutions agréées, mais contre les projets de résolution des actionnaires non agréés par la direction. Or il fut longtemps possible en Allemagne de transmettre des instructions précises de vote à la personne désignée par la société en tant que mandataire (§ 134 AktG). Les sociétés allemandes, qui ne disposaient pas du vote par correspondance, ont développé relativement tôt – parallèlement aux instituts financiers et sociétés de conseil en vote faisant l'objet de dispositions spécifiques (§ 135 AktG) – des plates-formes électroniques dédiées à la transmission d'instructions de vote (*internet proxy-voting*), au moyen de formulaires électroniques de vote par procuration (Section 1).

480. La directive « actionnaires » a opté pour une acceptation large de la notion de procuration ne se limitant pas nécessairement au vote « mais potentiellement capable de couvrir tous les droits de l'actionnaire dans l'assemblée générale »⁹⁷⁸. Or dans la majorité des cas, la représentation se limite au vote : les actionnaires minoritaires donnent pouvoir à une association d'actionnaires, les actionnaires institutionnels monnaient leurs voix à des intermédiaires financiers, les voix se prêtent et s'échangent. L'intérêt premier de la représentation n'est pas de permettre de faire voter un actionnaire absent, et encore moins un actionnaire non-résident, mais de concentrer le plus de voix possible derrière une association, un institut financier ou une société de conseil, afin bien sûr de défendre au mieux leurs intérêts respectifs. La procuration permet ainsi la concentration de pouvoirs. Aussi n'est-il pas étonnant que certaines voix commencent à exprimer le fait que, pris en tant que tel, le vote par

⁹⁷⁷ Les craintes de l'ANSA à la suite d'un premier projet d'ordonnance ne se sont pas concrétisées dans la version finale du texte : « D'autre part, selon le projet d'ordonnance, l'actionnaire devra expressément désigner le président de l'assemblée générale pour que celui-ci le représente, pour que son vote soit automatiquement enregistré comme un vote favorable à l'adoption des projets de résolution présentés ou agréés par le conseil d'administration ou le directoire. Les procurations reçues par la société sans indication de mandataire (dits 'pouvoirs en blanc') seraient prises en compte pour le calcul du quorum. À partir du moment où l'actionnaire n'a exprimé aucune volonté, le projet conduit donc à comptabiliser ces mandats sans indication de mandataire comme des abstentions et par conséquent comme des votes négatifs. Or il nous semble tout à fait illogique que ces mandats sans aucune indication soient pris en compte pour le calcul du quorum et par voie de conséquence, de la majorité. Il convient donc de les exclure du quorum. » *in*, ANSA, « Droits des actionnaires : transposition de la directive européenne - Projets d'ordonnance et de décret », n° 10-022, 27.05.2010, p. 2.

⁹⁷⁸ Cf. définitions, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'exercice des droits de vote des actionnaires de sociétés qui ont leur siège statutaire dans un État membre et dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2004/109/CE, Bruxelles, 05.01.2006, COM(2005) 685 final, 2005/0265 (COD), p. 5.

procuration ne présente aucune plus-value vis-à-vis du vote par correspondance ou électronique (Section 2).

SECTION 1 - LA FORMULE DE PROCURATION ET LE FORMULAIRE ÉLECTRONIQUE DE VOTE PAR PROCURATION

481. Les lois française et allemande déterminent la forme du mandat et de sa révocation. L'article L. 225-106 II C. com. dispose ainsi que ces documents « sont écrits et communiqués à la société », les conditions d'application de cette disposition étant « précisées par décret en Conseil d'État ». Le § 134 III AktG évoque l'écrit simple (*Textform*) et impose à la société d'offrir à ses actionnaires la faculté de communiquer avec la société cotée par voie électronique. Contrairement au texte de la directive qui y consacre un article propre et à l'*Aktiengesetz*, la transmission par voie électronique de la notification de la procuration (§ 2) et de sa révocation (§ 2) n'est ainsi pas explicitement citée dans la loi française.

§ 1 - La notification du mandat et la transmission des instructions de vote

482. Afin d'imposer la voie électronique dans la multitude de régimes juridiques nationaux relatifs au vote par procuration, l'article 11 de la directive « actionnaires » ne craint pas les redondances : « Les États membres autorisent les actionnaires à désigner un mandataire par voie électronique. En outre, les États membres autorisent les sociétés à accepter la notification de cette désignation par voie électronique et ils veillent à ce que chaque société offre à ses actionnaires au moins une méthode effective de notification par voie électronique. »

483. L'ouverture de la transmission de la notification d'un mandat à la voie électronique a énormément compliqué le régime juridique français de la procuration. Deux procédures doivent aujourd'hui être distinguées. La première option offerte à l'actionnaire est de notifier le mandat par correspondance postale ou par courriel, ces deux modes de communication s'insérant de la même manière dans la chaîne d'intermédiaires (A). La seconde consiste à

notifier la procuration à la société à travers le site internet de la société dédié à la participation électronique (B).

Pour ce qui a trait au droit allemand, nous avons vu que le nouveau vote par correspondance s'était largement inspiré des procédures de vote par procuration, qui permettaient et permettent toujours non seulement la notification de pouvoirs par voie électronique, mais aussi la transmission d'instruction de vote par internet à un mandataire désigné par la société, ainsi d'ailleurs que la directive « actionnaires » l'évoquait⁹⁷⁹.

I - La notification par correspondance postale et courriel

484. Comme le rappelle justement la directive « actionnaires », « lorsque des intermédiaires financiers interviennent, l'efficacité du vote sur instructions repose très largement sur le bon fonctionnement de la chaîne d'intermédiaires »⁹⁸⁰. En France (B) comme en Allemagne (A), les procédures de notification de la désignation d'un mandataire dépendent donc de la nature des actions détenues par les actionnaires.

A) Droit allemand

485. De 1965 à 2001, la forme écrite (*schriftliche Form*, signature manuelle) était « nécessaire et suffisante » pour le mandat, qui devait être déposé auprès de la société⁹⁸¹. La NaStraG de 2001 a modernisé dans un premier temps le § 134 III AktG en déclarant que la procuration doit être écrite (*schriftliche Form*), à moins que les statuts ne prévoient un allègement de forme⁹⁸². Deux préoccupations ressortent des motivations du projet de loi du gouvernement⁹⁸³. La première a trait aux sociétés par actions de petite taille dont les actions sont (généralement, mais pas nécessairement) au nominatif et que des impératifs de forme handicaperaient inutilement. La seconde préoccupation est de permettre aux sociétés cotées de mettre en place des « solutions innovatrices sur mesure », telles que la désignation d'un mandataire par voie électronique pour les actionnaires au nominatif, voire la tenue

⁹⁷⁹ D'après l'article 5 § 3 dir. « actionnaires », la convocation doit préciser « la procédure à suivre pour voter par procuration, notamment les formulaires à utiliser pour le vote par procuration et les modalités selon lesquelles la société est prête à accepter les notifications, par voie électronique, de désignation d'un mandataire ».

⁹⁸⁰ Cons. n° 10 dir. « actionnaires », 2007.

⁹⁸¹ Soulignons, au passage, que le fait de préciser que l'écrit est suffisant ne se justifie, d'un point de vue de légistique, que pour marquer l'opposition d'une nouvelle disposition à un régime juridique ainsi abrogé. Cela sous-entend en l'occurrence qu'une forme plus exigeante aurait pu être imposée pour mandater une personne.

⁹⁸² Art. 1 n° 13 NaStraG, 18.01.2001, BGBl. I, p. 123.

⁹⁸³ RegE NaStraG, « Zu § 134 AktG », BT-Drs. 14/4051, p. 15.

d'assemblées générales en duplex avec des groupements d'actionnaires mandatant un représentant sur le lieu de l'assemblée⁹⁸⁴.

486. L'ARUG de 2009 allège le régime juridique de la procuration. L'actionnaire est depuis explicitement autorisé à mandater plusieurs personnes – que la société est toutefois en droit de refuser pour des motifs légitimes. Le § 134 III AktG dispose de plus que la procuration (*Vollmacht*) et la notification du mandat (*Nachweis der Bevollmächtigung*) peuvent se faire par écrit simple (*Textform*), « sauf mesure spécifique, ou allègement dans les sociétés cotées, prévu dans les statuts ou dans la convocation sur habilitation statutaire ». Le paragraphe répond ensuite à la directive en précisant que les sociétés cotées doivent permettre la notification de la désignation d'un mandataire (la preuve du mandat) « au moins par une voie électronique ». La loi allemande reconnaît ainsi le caractère protéiforme de la communication électronique et laisse la société libre de déterminer la méthode de communication électronique qu'elle proposera à ses actionnaires⁹⁸⁵. Le § 134 III AktG opère un renversement en ce qu'il autorise par défaut la *Textform* tout en autorisant les sociétés non cotées à prévoir une forme plus lourde.

487. En pratique, l'actionnaire au nominatif peut transmettre la formule de procuration ou le formulaire de vote par procuration comportant ses instructions de vote par courriel à la société, à l'adresse indiquée dans la convocation. L'actionnaire au porteur doit quant à lui demander une carte d'admission à l'assemblée par l'intermédiaire de son intermédiaire financier, et renvoyer ce document comportant soit une formule de procuration, soit des instructions de vote – pouvoir étant donné au mandataire désigné par la société – directement à la société par courriel.

B) Droit français

488. Un décret 23 juin 2010 portant transposition de la directive « actionnaires »⁹⁸⁶ a ajouté un alinéa 6 à l'article R. 225-79 C. com., disposant que « les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé permettent la notification de la

⁹⁸⁴ V. *infra*, « Le duplex », § 577.

⁹⁸⁵ Le gouvernement interdit toutefois clairement aux sociétés de limiter la communication électronique au fax ; RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 32.

⁹⁸⁶ Art. 6 D. n° 2010-684 du 23.06.2010 relatif aux droits des actionnaires de sociétés cotées, JORF 25.06.2010, p. 11450.

désignation et de la révocation du mandataire par voie électronique ». Cet alinéa impose-t-il aux sociétés d'accepter la notification de la désignation du mandataire par tout média électronique ? Seule l'ANSA pose les bases d'une réflexion *a priori* importante⁹⁸⁷.

Depuis le décret d'application de mai 2002 de la loi NRE⁹⁸⁸, l'article R. 225-79 C. com. contient déjà, en son alinéa 1^{er}, une disposition relative à la voie électronique. Cet alinéa dispose ainsi que « la procuration donnée par un actionnaire pour se faire représenter à une assemblée est signée par celui-ci, le cas échéant par un procédé de signature électronique »⁹⁸⁹. Or une signature électronique suppose une communication de données par voie électronique. Aussi l'alinéa 6 inséré en 2010 devrait-il paraître redondant à la lecture de l'alinéa 1^{er}. Certes le champ d'application de l'alinéa 6 se limite aux sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé. N'aurait-il toutefois pas été plus simple d'amender l'alinéa 1^{er} ?

La spécificité de l'alinéa 6 est d'imposer à la société cotée d'accepter une notification par voie électronique. En d'autres termes, la société doit proposer une méthode particulière de transmission par voie électronique de la désignation du mandataire ou, à défaut d'indication, accepter tout type de communication électronique. Si la majorité des sociétés cotées ont indiqué une adresse de messagerie électronique dans leur convocation dès 2010, beaucoup mirent un certain temps à s'adapter à cette nouvelle disposition. L'inscription d'une adresse électronique dans la convocation à l'assemblée générale des sociétés cotées est en effet le moyen le plus simple de répondre à l'article R. 225-79 al. 6 C. com.

489. En pratique, cette procédure est toutefois réservée aux actionnaires au nominatif, puisque les actionnaires au porteur doivent joindre la preuve d'une inscription en compte détaillant le nombre d'actions et de voix y étant attachées. L'actionnaire au porteur transmet sa formule de procuration à son intermédiaire financier teneur de compte, qui la renvoie à la société (ou au centralisateur d'assemblée) en y joignant l'attestation en question. Les centralisateurs d'assemblée acceptent en principe les formules et attestations numérisées, qui circulent dès lors par le réseau interbancaire. Ils y sont maintenant contraints par la partie réglementaire du Code de commerce en tant que mandataires de la société, chargée d'accepter les formules de vote électronique. Mais contrairement à la société cotée, l'intermédiaire

⁹⁸⁷ ANSA, « Transmission par courriel du nom du mandataire à une assemblée : conditions », n° 10-063, 03.10.2010.

⁹⁸⁸ Art. 34 D. n° 2002-803 du 03.05.2002, JORF 05.05.2002, p. 8718.

⁹⁸⁹ L'article R. 225-79 al. 2 C. com. détaille ensuite ce qu'implique une telle formalité.

financier n'est toutefois pas contraint d'accepter les formules de procuration par voie électronique, même celles que l'actionnaire a trouvées sur le site internet de la société⁹⁹⁰.

Par ailleurs, les actionnaires de sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé n'entrent pas dans le champ d'application de l'alinéa 6 et ne peuvent donc s'en remettre qu'à l'alinéa 1^{er}, qui ne régit et dès lors ne propose que la notification à l'écran.

II - La notification et le vote par procuration à l'écran

490. Tandis que le droit français s'alourdit en différenciant deux moyens de communication électronique (A), le droit allemand allège de manière générale les exigences de forme relatives à la notification de la désignation d'un mandataire, tout en laissant une certaine liberté aux statuts et à la convocation (B).

A) Droit français

491. L'alinéa 1^{er} de l'article R. 225-79 C. com. réglemente la notification de la désignation d'un mandataire à travers le site internet dédié à la participation électronique, c'est-à-dire dans le cadre de l'article R. 225-61 C. com., bien que cet article ne soit ici pas cité. Tel est le cas depuis 2002 mais cela ne ressort clairement de l'alinéa 2 du même article que depuis un décret de novembre 2011⁹⁹¹. Ce décret a pris en compte les critiques de l'ANSA⁹⁹² sur le manque de clarté et d'effectivité de l'article depuis le décret de juin 2010. L'alinéa 2 dispose ainsi que « pour l'application du premier alinéa, lorsque la société décide, conformément aux statuts, de permettre la participation des actionnaires aux assemblées générales par des moyens de communication électronique, la signature de l'actionnaire [...] peut résulter d'un procédé fiable d'identification de l'actionnaire, garantissant son lien avec le formulaire de vote à distance auquel elle s'attache ». Deux remarques s'imposent.

492. Premièrement, le décret semble assimiler un peu vite le formulaire permettant la notification de la désignation du mandataire – en d'autres termes la formule de

⁹⁹⁰ La relation entre l'actionnaire et l'intermédiaire financier est en effet contractuelle.

⁹⁹¹ Art. 4 D. n° 2011-1473 du 09.11.2011 relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés, JORF 10.11.2011, p. 18893.

⁹⁹² ANSA, *loc. cit.* note 987.

procuration⁹⁹³ – à un formulaire de vote à distance. Il s'agit manifestement d'une erreur puisque l'article R. 225-82 C. com. distingue clairement et justement « les formulaires de procuration et de vote à distance » – transmis par voie électronique dans les conditions définies à l'article R. 225-61, c'est-à-dire dans l'hypothèse ici présentée. L'explication est toutefois vite trouvée. Un décret de novembre 2011 a simplifié les procédures d'identification en ligne de l'actionnaire en matière, d'une part, de vote à l'écran (art. R. 225-77 al. 2 point n° 3 C. com.) et, d'autre part, de vote par procuration (art. R. 225-79 al. 2 C. com.)⁹⁹⁴. Le parallélisme des formalités allégées pour identifier l'actionnaire participant en ligne est parfaitement logique, il fut simplement, et de manière malheureuse, établi dans les mêmes termes⁹⁹⁵.

493. Deuxièmement, il n'est pas fait pas référence à l'article R. 225-61 C. com. Cet article était jusqu'alors immanquablement cité dans les articles faisant allusion à la participation par voie électronique, et notamment l'article R. 225-80 fixant la date limite de transmission de la notification. Pour rappel, l'article R. 225-61 C. com. dispose que « les sociétés dont les statuts permettent aux actionnaires de voter aux assemblées par des moyens électroniques de télécommunication aménagent un site exclusivement consacré à ces fins ». Le décret de novembre 2011 distingue donc bien la faculté de vote en ligne et les autres droits pouvant être exercés à l'écran dans le cadre d'une participation à distance à l'assemblée. En matière de procuration, cela signifie que la plate-forme électronique ou le site internet permettant la transmission de formule de procuration à la société n'est pas nécessairement le site internet dédié au vote de l'article R. 225-61 C. com. et que, par conséquent, une société peut permettre à ses actionnaires de désigner un mandataire en ligne sans pour autant avoir à autoriser une procédure de vote électronique.

De manière plus générale, les sociétés sont invitées à prévoir dans leurs statuts une « participation des actionnaires aux assemblées générales par des moyens de communication électronique », et à ne plus seulement considérer que « sont réputés présents pour le calcul du

⁹⁹³ L'expression « formule de procuration » équivaut à celle de « formulaire de procuration », toutes deux évoquées sans distinction dans la partie réglementaire du Code de commerce.

⁹⁹⁴ Comme constaté plus haut, v. *supra*, « La signature électronique » et « La procédure allégée », § 179. et s.

⁹⁹⁵ Art. R. 225-79 al. 2 C. com. modifié : « Pour l'application du premier alinéa, [...] la signature de l'actionnaire [...] peut résulter d'un procédé fiable d'identification de l'actionnaire, garantissant son lien avec la formule de procuration ~~vote à distance~~ auquel elle s'attache » ; v. annexe, « Proposition de révisions législatives et réglementaires », p. 497.

quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication »⁹⁹⁶.

494. En pratique, la plate-forme *Votaccess*, assimilée au site dédié au vote électronique (art. R. 225-61 C. com.) mais aussi et plus largement à la participation à distance à l'assemblée, permet aux actionnaires au nominatif comme au porteur de s'identifier simplement depuis le site internet de leur teneur de compte (intermédiaire financier mandaté par la société ou offrant des services de bourse en ligne), et de désigner un mandataire ou de donner pouvoir au président de l'assemblée.

B) Droit allemand

495. La *Textform* nécessaire à la procuration comme à la notification du mandat recouvre juridiquement tant la communication par courriel, que l'échange d'information à l'écran (*Bildschirmformulare, Internetdialog*)⁹⁹⁷. Comme évoqué plus haut, le § 134 III AktG autorise aux sociétés cotées de prévoir – dans leurs statuts ou dans la convocation sur habilitation statutaire – un allègement de forme. S'il n'est *a priori* pas question d'autoriser la procuration ou sa notification à la société par tout moyen, le gouvernement souligne que la loi doit rester ouverte à toute évolution technologique et modalité de communication proposée par une société cotée à ses actionnaires⁹⁹⁸.

496. En pratique, une grande majorité des sociétés cotées permet la notification de la désignation d'un mandataire à travers une plate-forme électronique de communication mise en place par le centralisateur de l'assemblée ou un tiers prestataire technique⁹⁹⁹. Ces plates-formes permettent aussi de donner pouvoir au mandataire désigné par la société et de lui transmettre des instructions de vote par procuration. C'est sur ce dernier modèle que reposent les plates-formes de vote électronique allemandes développées depuis 2009¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁶ Comme le prévoit toujours l'article L 225-107 II C. com. ; v. *infra*, § 625.

⁹⁹⁷ Le § 135 AktG, qui pose les droits et obligations des instituts financiers acceptant d'être mandatés par leurs clients actionnaires, cite explicitement la transmission d'instructions de vote (*Weisungserteilung*) à l'écran comme méthode acceptable ; A. M. SEEGER, *Die Online-Hauptversammlung*, Deutscher Universitäts-Verlag, 2002, p. 155.

⁹⁹⁸ RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 32.

⁹⁹⁹ Les professionnels regrettent d'ailleurs que certaines de ces plates-formes ne permettent pas un accès personnalisé aux mandataires, et encore moins aux tiers sous-mandatés, souvent contraints de demander à l'actionnaire ses identifiants pour pouvoir s'y connecter ; A. BALLING, « Vernachlässigt - Der Bevollmächtigte im Internet », *HV-Magazin*, 2013, p. 28.

¹⁰⁰⁰ RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 27.

§ 2 - La révocation en ligne de la procuration

497. De manière générale, la révocation de la procuration et sa notification à la société fait l'objet en France (II) comme en Allemagne (I) des mêmes impératifs et libertés de forme que la procuration en tant que telle et sa notification (art. L. 225-106 II C. com. ; §§ 134 et 135 AktG). Notons qu'elle est citée dans les deux droits, contrairement à la correction des formulaires étudiée plus haut¹⁰⁰¹, puisque que le vote par procuration ne dépend pas uniquement de l'actionnaire mais de composantes susceptibles de le dépasser.

I - Droit allemand

498. De même que la procuration et sa notification à la société, la révocation de la procuration a lieu par écrit simple (*Textform*), « sauf mesure spécifique, ou allègement dans les sociétés cotées, prévu dans les statuts ou dans la convocation sur habilitation statutaire » (§ 134 III AktG). La révocation n'est toutefois pas évoquée dans la phrase consacrée à la notification de la désignation du mandataire par voie électronique dans les sociétés cotées. Ces dernières ne sont donc *a priori* pas contraintes de permettre la révocation d'une procuration notifiée « au moins par une voie électronique ». En pratique, les sociétés cotées permettant la notification d'une procuration ou la transmission d'instructions de vote à l'écran offrent aussi la possibilité de révoquer ce mandat.

499. De manière générale, les sociétés autorisent leurs actionnaires à révoquer le mandat aussi longtemps qu'elles permettent d'en notifier un. Cette date limite correspondra aussi à la date limite de transmission (et de correction) des votes par correspondance postale ou électronique (*Briefwahl*) – ayant fait l'objet de précédents développements¹⁰⁰². Cela est parfaitement logique puisque les informations transitent par la même plate-forme et sont traitées de manière significativement identique. Nombreuses sont les sociétés permettant ainsi une révocation d'un mandat ou une modification des instructions de vote à l'écran jusqu'à la fin des débats.

¹⁰⁰¹ V. *supra*, « La correction du formulaire », § 460.

¹⁰⁰² V. *supra*, « La date limite de transmission », § 370.

II - Droit français

500. La révocation de droit français doit faire l'objet d'une notification envers la société. Le régime de la révocation¹⁰⁰³ du mandat souffre aujourd'hui, malgré le décret de novembre 2011 clarifiant le régime modifié par le décret de juin 2010, d'incohérences et d'éléments inconciliables avec la distinction¹⁰⁰⁴ entre la notification par courriel (A) et celle ayant lieu à l'écran dans le cadre d'une participation de l'actionnaire à distance (B).

A) La révocation de la procuration par courriel

501. L'alinéa 5 de l'article R. 225-79 C. com. dispose que le mandat « est révocable dans les mêmes formes que celles requises pour la désignation du mandataire ». L'alinéa 6 dudit article prévoit quant à lui que « les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé permettent la notification [...] et la révocation du mandataire par voie électronique ». L'alinéa 5 s'inscrit apparemment dans le régime juridique relatif à la notification de la désignation du mandataire étudié ci-dessus¹⁰⁰⁵, c'est-à-dire dans le cadre d'une participation électronique à l'assemblée (assimilable au régime de l'article R. 225-61 C. com.). La question du rapport entre ces deux alinéas permet deux interprétations.

L'on peut estimer, d'une part, que l'alinéa 5 est indépendant et règle de manière générale les questions de forme de la révocation. L'alinéa 6 précisant que les sociétés cotées doivent permettre la révocation par voie électronique serait alors une simple redondance. Peut-être s'agit-il de mettre l'accent sur l'utilisation de la voie électronique dans ces sociétés.

L'on devrait toutefois logiquement considérer, d'autre part, que l'alinéa 5 est attaché aux alinéas précédents et qu'il régit ainsi la révocation dans le cadre d'une notification faite à l'écran. Dans cette hypothèse, la procuration étant révocable dans les mêmes formes que celles requises pour la désignation du mandataire, la révocation peut avoir lieu à l'écran dans

¹⁰⁰³ La révocation du mandat ne doit pas être confondue avec sa caducité. La révocation du mandat est le fait de l'actionnaire. La caducité peut être indépendante de sa volonté et résulter notamment d'un changement de situation du mandataire, à savoir de l'apparition d'un éventuel conflit d'intérêt non suivie d'une confirmation du mandat par l'actionnaire d'une société cotée (art. L. 225-106-1 C. com., cf. ANSA, « Vote par procuration information sur les risques de conflit d'intérêts », n° 11-015, 2011). La caducité doit impérativement être communiquée à l'actionnaire, par lettre RAR ou par voie électronique « si le mandataire a préalablement recueilli l'accord de l'actionnaire », ainsi qu'à la société par lettre RAR ou par un moyen de communication électronique (art. R. 225-82-1 et -2 C. com.). Le décret n° 2010-1619 du 23.12.2010 qui a introduit ces deux articles s'inspire de l'article R. 225-63 C. com. en imposant au mandataire de requérir préalablement l'accord de l'actionnaire pour lui communiquer la caducité du mandat, sans en reprendre toutes les formalités ; v. *supra*, « L'accord de l'actionnaire », n° 235.

¹⁰⁰⁴ Développée plus haut, v. *supra*, § 483.

¹⁰⁰⁵ V. *supra*, « La notification [...] à l'écran », § 491.

le cadre d'une participation électronique (cf. art. R. 225-61 C. com.). Cette dernière interprétation est toutefois en confrontation directe avec l'article R. 225-80 C. com. interdisant la révocation d'un mandat dans le cadre d'une participation à l'écran.

B) L'irrévocabilité des procurations transmises à l'écran

502. L'article R. 225-80 C. com. relatif à la date limite de réception des notifications de la désignation du mandataire dispose que « les instructions données par la voie électronique dans les conditions définies à l'article R. 225-61 comportant procuration ou pouvoir peuvent valablement parvenir à la société jusqu'à 15 heures, heure de Paris, la veille de la réunion de l'assemblée générale ». Cette date limite est celle retenue pour la transmission des votes à l'écran. Le droit français, comme la pratique allemande, retient donc des délais identiques de communication en matière de vote et de notification des procurations à l'écran.

503. L'article R. 225-80 C. com. contient une information intéressante relative aux instructions comportant procuration ou pouvoirs que l'on ne trouve pas en matière de vote par correspondance ou de vote à l'écran : « dès la réception par la société de ces instructions, celles-ci sont irrévocables »¹⁰⁰⁶. L'irrévocabilité des instructions signifie que l'actionnaire ne peut pas revenir sur cette notification dans le cadre de l'article R. 225-61 C. com. – c'est-à-dire de la participation à l'écran.

L'on constate toutefois une application pratique surprenante de l'article R. 225-80 C. com. La plate-forme de vote en ligne *Votaccess*, qui entre pleinement dans le champ d'application de l'article R. 225-61 C. com., permet la révocation du mandataire préalablement désigné jusqu'à J-1 15h. Selon la lettre de l'article R. 225-80 C. com., cela n'est en principe possible que si les formulaires collectés par la plate-forme n'ont pas encore été remis à la société. *Stricto sensu*, la plate-forme ne peut permettre de révoquer un mandat que si l'urne de la plate-forme *Votaccess* n'est versée dans l'urne définitive du centralisateur d'assemblée qu'après J-1 15h. Si tel était vraiment le cas, les sociétés n'auraient dès lors aucune raison de refuser que les votes (dont elles sont sensées ignorer l'existence) validés sur la plate-forme électronique de vote puissent être modifiés avant que l'ensemble des votes ne leur soit transmis¹⁰⁰⁷. Il est difficile de croire qu'une société se prive d'informations

¹⁰⁰⁶ Hors cas des cessions de titres ; art. R. 225-85 al. 4 C. com. ; v. *supra*, « L'irrévocabilité prônée par la pratique », § 461.

¹⁰⁰⁷ L'on pourrait toutefois reconnaître que, malgré sa formulation strictement impérative, l'article R. 225-80 C. com. a pour but de « protéger » la société en l'autorisant à – et non en lui imposant de – refuser les

importantes quant aux intentions de vote avant la tenue de la réunion, d'autant qu'elle n'y est pas contrainte et que les VPC sont eux directement pris en compte.

Cette pratique est d'autant plus surprenante lorsque l'on sait que selon les recommandations du *Vade mecum* de l'ANSA, la date et l'heure de réception du *Formulaire Unique Électronique*¹⁰⁰⁸ sont celles de l'entrée dans le premier sas d'accueil, c'est-à-dire la date et l'heure de la validation des votes sur la plate-forme, et non celles du versement ultérieur des votes dans l'urne définitive¹⁰⁰⁹.

504. La plate-forme *Votaccess* fait les frais des incohérences des règlements d'application de la loi et a raison de permettre la révocation d'un mandat jusqu'à J-1 15H. Ces incohérences autorisent à s'interroger sur l'opportunité du cumul du vote à l'écran et de la procuration à l'écran.

SECTION 2 - LE VOTE A DISTANCE ET LE VOTE PAR PROCURATION

505. L'article 8 de la directive « actionnaires » consacré à « la participation à l'assemblée générale par voie électronique » évoque l'opportunité d'un « mécanisme permettant de voter, que ce soit avant ou pendant l'assemblée générale, sans qu'il soit nécessaire de désigner un mandataire devant être physiquement présent lors de l'assemblée ». Si la directive consacre en son article 10 « le droit de désigner comme mandataire toute autre personne physique ou morale pour participer à l'assemblée générale et y voter en son nom », la faculté de voter sans désigner de mandataire est assurément privilégiée par la directive.

506. Le droit français permet de voter par correspondance (depuis 1983), de désigner un mandataire et de donner pouvoir au président qui votera selon des règles précises (pour les projets de résolution agréés et contre les autres). En ce sens, la pratique a développé un formulaire unique agréé par les articles R. 225-76 al. 3 et -78 C. com. C'est sur la base de ce

révocations de mandataires sur la plate-forme électronique de vote, c'est-à-dire de ne pas techniquement le permettre. Si la société souhaite toutefois accepter les révocations sur le site internet, dans l'intérêt des actionnaires, elle serait libre de le faire tant qu'elle permet cette manœuvre sans discrimination à tous les actionnaires utilisateurs de la plate-forme ; v. *supra*, « La correction du formulaire », § 460.

¹⁰⁰⁸ Comportant tant le formulaire de vote qu'une formule de procuration ou de pouvoir.

¹⁰⁰⁹ V. *supra*, « La correction du formulaire », § 461.

document que la participation à distance sur internet a été pensée. La plate-forme de participation *Votaccess* permet ainsi de voter à l'écran¹⁰¹⁰, de désigner un mandataire et de donner pouvoir au président. La participation est facilitée, mais le gain d'interaction entre l'actionnaire et la société ou entre l'actionnaire et son mandataire par rapport à l'ancienne procédure est inexistant. Bien que le formulaire unique ait l'avantage d'empêcher le conflit de formulaires, il n'est pas sans présenter quelques ambiguïtés remettant en cause la souplesse du vote par correspondance érigée par la directive « actionnaires » comme condition d'un bon gouvernement d'entreprise¹⁰¹¹ (§ 1). La diversification des modalités de transmission des formulaires agrandit toutefois le conflit de formulaires, c'est-à-dire le risque de prise en compte de plusieurs consignes de vote pour les mêmes voix (§ 2).

Le droit allemand autorise de donner procuration à un tiers à l'écran, de transmettre ses instructions de vote à l'écran à un mandataire désigné par la société¹⁰¹², et de voter directement à l'écran¹⁰¹³. Si la voie électronique permet de contrôler qu'un seul formulaire soit transmis à la société, les formulaires en ligne permettent bien de transmettre des instructions de vote de deux manières. Des voix s'élèvent pour remettre en question la nécessité pour une société de devoir gérer deux types quasi-identiques de participation à distance.

§ 1 - Les ambiguïtés du formulaire unique

507. L'article R. 225-76 al. 3 C. com. dispose que formulaire de vote par correspondance « peut, le cas échéant, figurer sur le même document que la formule de procuration », puis redirige vers l'article R. 225-78 C. com. La formule de procuration doit en toute hypothèse indiquer « que l'actionnaire, à défaut d'assister personnellement à l'assemblée, peut choisir entre l'une des trois formules » précitées, à savoir donner une procuration¹⁰¹⁴, donner pouvoir au président, ou voter par correspondance (art. R. 225-81 point 7° C. com.).

¹⁰¹⁰ Uniquement avant l'assemblée et depuis 2011.

¹⁰¹¹ Cons. n° 10 dir. « actionnaires », 2007.

¹⁰¹² Depuis 2001.

¹⁰¹³ Depuis 2009.

¹⁰¹⁴ Le décret n° 2010-1619 du 23.10.2010 relatif aux droits des actionnaires de sociétés cotées précise qu'il est question d'une procuration non plus simplement à un autre actionnaire ou au conjoint, mais « dans les conditions de l'article L. 225-106 ».

508. En plus des informations précitées à annexer au formulaire de vote par correspondance, le formulaire unique doit notamment informer « qu'il peut être utilisé pour chaque résolution soit pour un vote par correspondance, soit pour un vote par procuration » (art. R. 225-78 point 1° C. com.). Une interprétation littérale du texte impose au formulaire unique de permettre, résolution par résolution, un vote par correspondance ou de s'en remettre à la personne mandatée. Cette solution est intéressante, par exemple pour les projets de résolution faisant l'objet d'une polémique au sein de l'actionnariat, ou pour les projets dont l'actionnaire espère un amendement soumis au vote durant la séance. L'actionnaire absent peut ainsi donner procuration à une personne ou une association d'actionnaires qui se prononcera, le cas échéant, sur certains projets de résolution en fonction des débats et des événements en séance. Pour les autres projets de résolution, l'actionnaire s'exprime directement dans l'encadré réservé au vote par correspondance. L'article R. 225-81 point 8° C. com. semble confirmer la faculté de choisir une modalité de vote résolution par résolution, lorsqu'il dispose que « la formule de procuration est prise en considération, sous réserve des votes exprimés dans le formulaire de vote par correspondance ». Tel n'est pas le cas, comme l'explique l'ANSA dès 1990¹⁰¹⁵ :

« Le formulaire [unique AFNOR] est conçu pour limiter le plus possible les risques d'invalidation du vote. En effet, l'invalidation n'existe qu'au seul défaut de signature puisque si l'actionnaire renvoie le formulaire signé à l'exclusion de toute autre indication, il s'agit d'un pouvoir au président. La difficulté surgit quand l'actionnaire a coché ou noirci plusieurs cases faisant des choix en apparence contradictoires. La conception même de l'établissement de vote par correspondance impose alors de privilégier les indications de vote résolution par résolution et, à défaut, de faire jouer soit le pouvoir d'un mandataire dûment désigné soit, en dernier lieu, la procuration au président. C'est bien le sens très clairement défini de l'article » R. 225-81 8° C. com.

509. Si l'encadré consacré au vote par correspondance est coché, l'absence de toute indication dans la case correspondante à chaque projet de résolution est interprétée comme un vote contre. Il est dès lors impossible de ne pas s'exprimer afin de donner procuration à un tiers pour certaines résolutions. Cette rigidité imposée sur le formulaire papier AFNOR pourrait être contournée sur le formulaire électronique de vote¹⁰¹⁶, si la crainte des complications liées aux conflits de formulaires n'était pas si grande¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁵ ANSA, « Vote par correspondance : indications pratiques pour le dépouillement », n° 2497, 03-04.1990, p. 2 ; F. MANSUY, « Assemblée générale », Fasc. 136-35, *J.-Cl. Société Traité*, cote : 08,2005, 15.04.2005 (09.12.2011), § 61.

¹⁰¹⁶ « À la différence du formulaire unique de vote électronique, qui exploite les possibilités offertes par Internet et propose les trois choix 'oui', 'non' ou 'abstention' (l'abstention équivaut à un 'non'), avec un récapitulatif à la fin du formulaire électronique pour signaler à l'actionnaire ses éventuels oublis et lui permettre de rectifier

§ 2 - Le conflit de formulaires

510. Le droit allemand évoque une seule hypothèse dans laquelle un vote par correspondance et un vote par procuration peuvent être utilisés pour les mêmes voix : le § 135 V AktG autorise en effet et simplement l'institut financier mandaté par ses clients actionnaires à utiliser la procédure de vote par correspondance – si tant est qu'elle soit proposée par la société (*Briefwahl*). L'institut financier mandaté n'a donc plus besoin de se déplacer à l'assemblée, renforçant ainsi l'assertion voulant que la professionnalisation des mandataires a pour unique finalité l'expression du vote et non l'exercice des autres droits de l'actionnaire en séance.

Dans toute autre hypothèse, le vote par procuration et le vote par correspondance s'opposent et s'annulent, en droit français (I) comme en droit allemand (II) selon des règles de priorité toutefois différentes, si bien que la question se pose de laisser à la société le choix de ne permettre qu'une de ces deux procédures de vote¹⁰¹⁸.

I - La priorité française du formulaire de vote sur la formule de procuration

511. Lorsque le point 7° de l'article R. 225-81 C. com. dispose que l'actionnaire « peut choisir entre l'une des trois formules », cela signifie bien que l'actionnaire doit choisir. Le point 8° de l'article impose depuis 1986¹⁰¹⁹ d'indiquer sur toute formule de procuration « qu'en aucun cas l'actionnaire ne peut retourner à la société à la fois la formule de procuration et le formulaire de vote par correspondance ». Cela ne semble pas avoir été suffisant puisque deux ans plus tard, un décret fixa la procédure à suivre en cas d'envoi d'un formulaire de vote par correspondance et d'une formule de procuration *a priori* pour les mêmes voix¹⁰²⁰ : « En cas de retour de la formule de procuration et du formulaire de vote par

certaines votes avant validation, le formulaire AFNOR papier maintient la formule 'je vote *oui* à tous les projets de résolution, à l'exception de ceux pour lesquels je vote non ou je m'abstiens', destinée à éviter les votes 'non' par inadvertance, lesquels risquaient d'être nombreux sur un formulaire 'papier', en l'absence de ce dispositif de vote favorable par défaut. » *in*, ANSA, « Formulaire AFNOR (papier) de vote par correspondance ou par procuration », n° 3105, mai 2002.

¹⁰¹⁷ ANSA-CFONB, *op. cit.* note 968, Annexe, p. 6.

¹⁰¹⁸ La question se pose aussi au niveau européen lors des consultations préalables à la directive « actionnaires », cf. H. GUYADER (H.), « L'actionnaire transnational et la directive n° 2007/36/CE du 11 juillet 2007 », *Bull. Joly Bourse*, 6/2008, n° 3, p. 265.

¹⁰¹⁹ Art. 5 D. n° 86-584 du 14.03.1986 relatif au vote par correspondance dans les assemblées d'actionnaires, JORF 19.03.1986, p. 4575.

¹⁰²⁰ Décret n° 88-55 du 19.01.1988 relatif au vote par correspondance dans les assemblées d'actionnaires, JORF 20.01.1988, p. 928.

correspondance en violation des dispositions du 8° du présent article, la formule de procuration est prise en considération, sous réserve des votes exprimés dans le formulaire de vote par correspondance. » Le ton est étonnamment martial. La référence dans le point 8° à une violation du même point est superfétatoire. Si l'on peut comprendre l'intérêt d'informer les actionnaires que les deux méthodes de participation à distance ne peuvent pas être utilisées simultanément, il aurait tout aussi bien suffi de disposer que le formulaire de vote par correspondance *a priorité* sur la formule de procuration.

512. Soulignons qu'une telle solution n'est justifiable qu'au regard, d'une part, de l'irrévocabilité du formulaire de vote par procuration posée par la pratique française et, d'autre part, des incohérences du régime juridique de la révocation de la procuration. Le droit allemand ne prévoyant aucune règle de priorité, c'est à la société qu'il revient de fixer les règles qui lui conviennent le mieux.

II - Les règles de priorité fixées par la société de droit allemand

513. Il revient à société de droit allemand d'indiquer dans la convocation les règles de priorité entre les différents modes de participation à l'assemblée générale¹⁰²¹. Cette nécessité s'est tout particulièrement manifestée avec l'adjonction de la procédure de vote par correspondance à celle du vote par procuration. La doctrine reconnaît d'une voix le droit de l'actionnaire ayant voté par correspondance ou par procuration à se présenter en salle le jour de l'assemblée, et invite les sociétés à clarifier à l'avance si les votes préalablement émis seront pris ou non en compte¹⁰²². En pratique, les sociétés introduisent généralement une clause dans le formulaire de vote ou dans la convocation. L'actionnaire est informé que son vote ou le mandat sera annulé en cas de présence à l'assemblée¹⁰²³.

514. Les règles fixées dans les convocations de droit allemand sont très différentes des règles françaises. Elles concernent en général le formulaire de vote par correspondance¹⁰²⁴ et

¹⁰²¹ Rappelons qu'il ne s'agit pas de la correction d'instructions communiquées par des canaux différents pour le même mode de participation, hypothèse étudiée plus haut, v. *supra*, « La correction du formulaire », § 459.

¹⁰²² U. HÜFFER, *loc. cit.* note 928.

¹⁰²³ Cela vaut en général tant pour le formulaire de vote papier que pour sa version électronique (au mandataire désigné par la société ou à un tiers) ; « *Auflösend bedingte Erklärung* », M. ARNOLD *et al.*, « Aktuelle Fragen bei der Durchführung der Hauptversammlung », *AG*, 2011, p. 359.

¹⁰²⁴ Papier et/ou électroniques.

les formulaires contenant des instructions de vote¹⁰²⁵ transmises au mandataire désigné par la société¹⁰²⁶. Preuve de l'extrême similitude de ces deux modes d'expression des votes (et de participation à l'assemblée), l'on donnera dans un cas priorité à la participation que la société connaît le mieux, celle par procuration, tandis que, dans d'autres cas, l'on privilégiera le vote par correspondance.

Dans certains sociétés cotées, les convocations aux assemblées indiquent, par exemple, que la présence de l'actionnaire ou de son représentant¹⁰²⁷ à l'assemblée annule les votes préalablement transmis à la société par correspondance¹⁰²⁸, ainsi que les instructions transmises au mandataire désigné par la société¹⁰²⁹. Cela n'empêche d'ailleurs pas de considérer que si des instructions de votes sont transmises non seulement au mandataire désigné par la société mais aussi par correspondance, seules ces dernières seront prises en compte¹⁰³⁰. Au contraire, d'autres sociétés pourront décider que les instructions données au mandataire désigné par la société annulent et remplacent les votes par correspondance¹⁰³¹.

515. Certaines de ces sociétés différencient les règles de priorité en fonction du fait que les instructions sont ou non transmises par la même voie. Les règles précitées ne valent que lorsque les formulaires en question sont transmis à la société par la même voie. Lorsqu'un formulaire VPC et des instructions de vote au mandataire désigné par la société arrivent à cette dernière par des canaux différents, la société prendra en compte le dernier document reçu¹⁰³². La convocation précise alors que lorsque cela ne se laisse pas déterminer¹⁰³³, les instructions écrites (*schriftlich*) transmises par correspondance et/ou¹⁰³⁴ par procuration¹⁰³⁵

¹⁰²⁵ Papier et/ou électroniques par l'intermédiaire de sa plate-forme.

¹⁰²⁶ Mais beaucoup moins aux formules de procuration à un tiers.

¹⁰²⁷ Ce qui suppose bien l'existence d'une formule de procuration.

¹⁰²⁸ Bayer AG, « Einladung zur Hauptversammlung », 22.02.2014.

¹⁰²⁹ Commerzbank AG, « Einladung zur Hauptversammlung », 27.03.2014.

¹⁰³⁰ L'on constate ainsi que pour la même assemblée, le vote par correspondance a priorité sur le pouvoir au mandataire désigné par la société, mais que la présence d'un mandataire tiers annule les votes par correspondance préalablement transmis à la société ; Commerzbank AG, « Einladung zur Hauptversammlung », 27.03.2014.

¹⁰³¹ Heidelberg Cement AG, « Einladung zur HV », 26.03.2014.

¹⁰³² « Wenn Stimmabgaben per Briefwahl und/oder Vollmachten mit Weisungen auf unterschiedlichen Übermittlungswegen bei uns eintreffen, werden die zeitlich jüngeren als vorrangig betrachtet », Heidelberg Cement AG, « Einladung zur HV », 26.03.2014.

¹⁰³³ Et donc *a priori* seulement dans cette hypothèse ; v. *supra*, « La correction du formulaire », § 459.

¹⁰³⁴ Le « et/ou » est utilisé bien qu'il complique inutilement la phrase, étant donné qu'une autre règle de priorité sera ensuite appliquée si deux types de formulaires sont transmis à la société pour les mêmes voix.

¹⁰³⁵ Au mandataire désigné par la société.

ont priorité sur celles transmises par fax ou par courriel (par écrit simple – *Textform*). En outre, celles transmises par fax auront priorité sur celles transmises par courriel¹⁰³⁶.

Conclusion intermédiaire : le choix ?

516. Le n° 2.3.2 du code allemand de gouvernement d'entreprise (DCGK) recommande aux sociétés cotées de soutenir les actionnaires dans la procédure de mandat de représentation. Le code ne le recommande toutefois plus en matière de vote par correspondance¹⁰³⁷. Une question intéressante a été soulevée, notamment¹⁰³⁸ par Dr. W. Mörlein de la Münchener Rückversicherung AG¹⁰³⁹, société pionnière en matière de vote électronique en assemblée. Selon lui, la suppression de la référence au vote par correspondance n'a pas fait avancer les choses. Qualifiant le mandat de représentation de technique dépassée lorsque les actionnaires peuvent directement voter eux-mêmes à distance, il juge opportun que le DCGK ne recommande plus la présence d'un mandataire désigné par la société. Il s'agirait donc de recommander le soutien par le directoire, soit du vote par correspondance, soit du mandat de représentation¹⁰⁴⁰. Cette proposition est parfaitement sensée puisque la faculté de voter à distance en temps réel¹⁰⁴¹ laisse autant, si ce n'est plus de liberté à l'actionnaire que le vote par procuration à travers le mandataire désigné par la société. Elle n'a toutefois pas été retenue par la commission gouvernementale, composée de juristes et professeurs, malgré une

¹⁰³⁶ « Wenn sich der vorherbeschriebene Vorrang nicht ermitteln lässt, werden schriftlich übermittelte Stimmabgaben per Briefwahl und/oder Bevollmächtigungen mit Weisungen vorrangig vor solchen, die per Telefax oder per E-Mail übermittelt wurden, betrachtet, und per Telefax übermittelte Stimmabgaben per Briefwahl und/oder Bevollmächtigungen mit Weisungen werden als vorrangig vor per E-Mail übermittelten betrachtet. » in, Heidelberg Cement AG, « Einladung zur HV », 26.03.2014.

¹⁰³⁷ V. *supra*, « La recommandation retirée du DCGK », § 388.

¹⁰³⁸ Cette position apparaissait en effet dès 2010 : « Sofern die Gesellschaft Briefwahl anbietet, ist der von der Gesellschaft benannte Stimmrechtsvertreter nicht mehr notwendig. Allerdings empfiehlt der DCGK in Ziff. 2.3.3 Satz 3 weiterhin, dass der Vorstand für einen gesellschaftsbenannten Vertreter zur weisungsgebundenen Stimmrechtsausübung sorgen soll. Folglich dürfte es weiterhin zu einem Doppelangebot kommen. Die nächste Revision des DCGK sollte hier für mehr Flexibilität sorgen und ein Alternativverhältnis vorsehen. » in, M. ARNOLD *et al.*, *op. cit.* note 1023, p. 357.

¹⁰³⁹ W. MÖRLEIN, « Briefwahl und Deutscher Corporate Governance Kodex », AG, 2012, R62.

¹⁰⁴⁰ « Im Kodex müsste die Formulierung in Ziff. 2.3.3 dazu nur geringfügig angepasst werden: Die Gesellschaft soll den Aktionären die persönliche Wahrnehmung ihrer Rechte erleichtern. Auch bei der Briefwahl oder der Stimmrechtsvertretung soll die Gesellschaft die Aktionäre unterstützen. Der Vorstand soll die Möglichkeit der Briefwahl anbieten und für die Bestellung eines Vertreters für die weisungsgebundene Ausübung des Stimmrechts der Aktionäre sorgen; dieser sollte auch während der Hauptversammlung erreichbar sein. » (passages soulignés en italique dans le texte) in, W. MÖRLEIN, « Briefwahl und Deutscher Corporate Governance Kodex », AG, 2012, R62.

¹⁰⁴¹ Du moins jusqu'à la fin des débats tel que c'est le cas en pratique.

« discussion intensive »¹⁰⁴², pendant que d'autres prophétisent une « marche triomphale » de la *Briefwahl* sur les autres participations à distance à l'assemblée¹⁰⁴³.

« Un bon gouvernement d'entreprise nécessite une procédure de vote par procuration souple et efficace »¹⁰⁴⁴. Efficace, la procédure électronique de vote par procuration gagnerait à s'assouplir, quand bien même cela revient à s'effacer au profit du vote à l'écran en direct.

517. Rappelons enfin que la plate-forme française *Votaccess* ne permet pas de donner des instructions de vote ni au tiers mandaté, ni au président de l'assemblée. Cela n'a certes jamais été l'ambition de la plate-forme, mais aurait pu être une fonctionnalité intéressante. L'avantage d'avoir sollicité une société prestataire de services techniques largement indépendante des sociétés et des intermédiaires financiers est justement de pouvoir élargir les options d'interventions dans l'antichambre de l'assemblée. Cela aurait pu tout à fait être une transition intéressante vers le vote en direct « institutionnalisé ». Les actionnaires auraient pu suivre l'assemblée grâce à la retransmission vidéo, puis donner les instructions de vote à la fin des débats à une personne présente, tel que cela est pratiqué en Allemagne.

¹⁰⁴² « Dem Vorschlag aus der Anhörung, Unterstützung bei der Stimmrechtsvertretung und Briefwahl alternativ anbieten zu können, hat sich die Kodex-Kommission nach intensiver Diskussion nicht angeschlossen. » in, H.-M. RINGLEB *et al.*, « Die Kodex-Änderungen vom Mai 2012 », *NZG*, 2012, p. 1083, § 2.3.3.

¹⁰⁴³ « Vor diesem Hintergrund braucht es keiner prophetischen Gabe, den Siegeszug der Briefwahl unter den verschiedenen Formen der 'Teilnahme auf Distanz' vorherzusagen. » in, S. MUTTER, A. PERNFUB, « ARUG: Briefwahl « vor und während » der Hauptversammlung », *AG*, 2009, R6.

¹⁰⁴⁴ Cons. n° 10 dir. « actionnaires », 2007.

CHAPITRE 3 - LA CRAINTE DU VOTE ÉLECTRONIQUE EN DIRECT

« This incident is extremely serious in that it could throw suspicion on the entire Paris stock market and all the shareholders meetings currently using electronic voting, and possibly moving to Internet voting in the future. »¹⁰⁴⁵

518. Le vote à distance en temps réel est un défi technique, organisationnel et juridique. La comparaison des législations française et allemande est révélatrice de l'état de la pratique des deux côtés du Rhin. Après avoir attendu des années l'avènement du vote en ligne par l'ARUG de 2009, la pratique allemande, appuyée par une législation souple et économe, a rapidement proposé à ses actionnaires la faculté de transmettre leurs votes à distance pendant l'assemblée¹⁰⁴⁶. Les décrets d'application émis en France depuis la loi NRE de 2001 ont quant à eux rendu le vote des actionnaires en direct totalement improbable. Si une partie de la pratique française reconnaît à mi-voix que le vote en direct est le cours logique des choses, personne ne se prononce encore clairement pour. Le *Vade mecum* ANSA-CFONB relatif au vote par internet aux assemblées générales d'actionnaires précise d'ailleurs que seul le « vote émis à distance avant l'assemblée générale [est] concerné par l'accord de place »¹⁰⁴⁷. Les intervenants des conférences annuelles consacrées à l'évolution de la plate-forme *Votaccess* n'évoquent pas même le vote en direct dans les perspectives d'évolution et se contentent d'affirmer que la demande (des sociétés) n'existe pas¹⁰⁴⁸.

519. Traditionnellement, le choix du mode de scrutin en assemblée est libre et revient au bureau de l'assemblée de droit français, sauf si les statuts désignent une modalité de vote à

¹⁰⁴⁵ Vivendi Universal, « Details on probable vote tampering at the Vivendi Universal shareholders meeting on April 24 », Communiqué de presse, 26.04.2002.

¹⁰⁴⁶ Cf. A. KLEWNO, « Wir erhoffen uns von der Online-HV eine Erweiterung des Teilnehmerkreises (SAP AG) », *HV-Magazin*, 2012, p. 42.

¹⁰⁴⁷ ANSA-CFONB, *op. cit.* note 968, p. 1.

¹⁰⁴⁸ Amphi AFTI (FBF, ANSA), « *Votaccess* : Trois ans de mise en œuvre », 18.06.2014 ; « *Votaccess* 2013 - La montée en puissance », Amphi AFTI du 25.06.2013, *Spécial Amphi*, n° 9, août 2013.

privilegier¹⁰⁴⁹. Le vote électronique en assemblée s'est ainsi d'abord imposé dans les grandes assemblées au tournant des années 2000, sous la forme de boîtiers électroniques. Si l'utilisation de bulletins électroniques de vote¹⁰⁵⁰ en salle est libre (et très largement répandue), tel n'est pas le cas des bulletins transmis par internet, qui entrent sous le champ de l'article L. 225-107 II C. com. Côté allemand, si le § 134 IV AktG dispose que la forme de l'exercice du droit de vote relève des statuts, la participation à distance du § 118 AktG suppose une autorisation statutaire spécifique.

520. Notons qu'il ne faut pas confondre la forme du scrutin et les modalités de décompte des suffrages. L'organisation du décompte des suffrages n'est réglementée ni en droit allemand, ni en droit français. Elle relève, dans les deux droits, des pouvoirs et de la responsabilité du président de l'assemblée¹⁰⁵¹. La faculté de voter par voie électronique à distance, voire en salle, soulève de nouvelles questions et de nouveaux espoirs. L'avènement de l'accès mobile à internet impose de s'interroger sur les futures formes de participation à l'assemblée générale des actionnaires (Section 2).

En attendant, la pratique française rejette toujours en bloc le vote à distance en direct. Sa plate-forme de vote en ligne ne le permet pas, contrairement aux plates-formes proposées par la pratique allemande, dont les sociétés par actions bénéficient d'une liberté statutaire plus grande. Quand bien même une société déciderait de sauter le pas, elle se confronterait à des dispositions réglementaires dont les auteurs souffraient tant de recul que de vision (Section 1).

¹⁰⁴⁹ « Aucune règle légale n'impose de mode de scrutin. Si les statuts n'ont rien prévu, c'est le bureau qui décide, compte tenu des usages et du nombre des participants, si le vote se fait par écrit, par lecture optique du bulletin, par utilisation d'un procédé de vote électronique « *in situ* » ou à main levée, etc. » *in*, Y. GUYON, « Assemblées d'actionnaires », *Rép. soc.*, 2002 (déc. 2010), § 119.

¹⁰⁵⁰ Pour rappel : « Pour le vote en séance, il s'agit d'un 'bulletin' électronique de vote et non plus d'un 'formulaire'. » *in*, ANSA-CFONB, « Vote par internet aux assemblées générales d'actionnaires - Accord de place sur un vade mecum », mai 2002 (30.10.2007), n° 3104, p. 9, note 16.

¹⁰⁵¹ AFEP, « Vade-Mecum à l'intention du bureau des assemblées générales », mars 2011, ANSA réf. 11-045, p. 61 ; § 130 II AktG ; H. SCHRÖER, *in* W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 133 AktG », § 65 ; d'aucuns estiment que ni les statuts ni le règlement de l'assemblée ne peuvent donner d'ordre au président de l'assemblée, cf. O. RIECKERS, *in* G. SPINDLER, E. STILZ, *Kommentar zum Aktiengesetz*, 2010, « § 130 AktG », § 24.

SECTION 1 - LE VOTE ELECTRONIQUE EN DIRECT

521. L'un des premiers avantages du vote électronique en direct est une meilleure interactivité et réactivité des votes se traduisant par une procédure de prise de décision en assemblée plus pertinente.

L'article 14 § 1 dir. « actionnaires » dispose en effet que la « société établit pour chaque résolution au moins le nombre d'actions pour lesquelles des votes ont été valablement exprimés, la proportion du capital social représentée par ces votes, le nombre total de votes valablement exprimés, ainsi que le nombre de votes exprimés pour et contre chaque résolution et, le cas échéant, le nombre d'abstentions. » Juridiquement, le calcul du quorum et des voix se fait résolution par résolution – cela valant aussi pour les amendements présentés en séance et sur lesquels les actionnaires votant par correspondance ne peuvent pas s'exprimer. « Toutefois, en l'état actuel des techniques de collecte et de dépouillement des votes et en dehors du recours à internet, le dépouillement et la proclamation successifs des votes est impraticable dans les grandes sociétés cotées en raison du nombre élevé de votants »¹⁰⁵². Pour faciliter le décompte, « les votes sur l'ensemble des résolutions sont recueillis sur un bulletin unique faisant l'objet d'un dépouillement unique à la fin du scrutin, le quorum est évidemment décompté globalement pour l'ensemble des résolutions »¹⁰⁵³. « Les progrès du vote par utilisation de boîtiers électroniques laissent espérer que ce nouveau dispositif permette peu à peu de généraliser ce système qui permet un vote, un dépouillement et une proclamation séparés pour chaque amendement et résolution et par conséquent le respect » du décompte juridique des quorums et des voix¹⁰⁵⁴.

522. Il faut absolument distinguer, d'une part, les questions relatives au vote électronique en salle, à l'aide de simples boîtiers électroniques, dont les mésaventures ont retardé la résolution, d'autre part, des problèmes relatifs au vote par visioconférence ou aux moyens de télétransmission. La première catégorie est un simple mode de scrutin non évoqué par la loi (§ 1) ; la seconde est soumise à un régime juridique complexe (§ 2).

¹⁰⁵² « B. Ordre de présentation et de mise au vote de la résolution principale et de la ou des propositions d'amendement », A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés*, 2015, comm. ss art. L. 225-105 C. com.

¹⁰⁵³ AFEP, « Vade-Mecum à l'intention du bureau des assemblées générales », mars 2011, ANSA n° 11-045, p. 61.

¹⁰⁵⁴ A. LIENHARD *et al.*, *loc. cit.* note 1052.

La pratique allemande a reconnu les avantages de la participation en direct des actionnaires non présents à la réunion, se basant sur son expérience en matière de transmission de directives de vote en ligne au mandataire désigné par la société. Certaines sociétés offrent dès lors à leurs actionnaires deux méthodes parallèles de vote à distance en direct (§ 3).

§ 1 - Le vote électronique en salle

523. Le vote électronique en salle ne relève pas « strictement » des prérogatives du cyber-actionnaire, plus axé vers l'internet. Il n'est pas réglementé par le Code de commerce ou l'*Aktiengesetz*, qui ne s'attardent pas sur les modes de scrutins en salle. Tout au plus intéresse-t-il la loi française « Informatique et Libertés » ou la loi allemande sur la protection des données (BDSG). Il ne suppose aucune autorisation statutaire. La décision d'installer des boîtiers électroniques de vote en assemblée relève de la responsabilité du président de l'assemblée. Solidement installé dans les assemblées générales des grandes sociétés françaises comme allemandes, le vote par boîtier est considéré comme sûr d'un point de vue technique comme juridique¹⁰⁵⁵. L'affaire du « piratage » de l'assemblée générale de Vivendi SA du 24 avril 2002, soit onze jours avant la publication du décret d'application de la loi NRE, a pourtant eu un sérieux impact sur l'introduction du vote électronique en France, et doit à ce titre faire l'objet d'une clarification.

524. Le vote des projets de résolution lors de l'assemblée générale des actionnaires de la société anonyme Vivendi Universal en date du 24 avril 2002 a été opéré par des boîtiers électroniques. Le prestataire de service engagé par la société est une entreprise spécialisée¹⁰⁵⁶. Le pourcentage de droits de vote exprimables en assemblée correspondait à environ 20 % des voix¹⁰⁵⁷. Plusieurs projets de résolution sont rejetés, dont ceux agréés par la direction et relatifs à la distribution de stock-options pour les futurs dirigeants¹⁰⁵⁸. Le taux d'abstention

¹⁰⁵⁵ Et d'autant plus depuis la directive « actionnaires », cf. K. VON DER LINDEN, « Wer entscheidet über die Form der Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung? », *NZG*, 2012, p. 930 (931).

¹⁰⁵⁶ Détenue en partie par la BNP Paribas – banque actionnaire de la société Vivendi, comme cela est souvent l'usage en matière de prestation de services en assemblée générale d'actionnaires. Ce prestataire était à l'époque chargé d'une part importante des assemblées des sociétés du CAC 40 ; J. THOREL, « L'AG 'piratée' de Vivendi Universal suspendue à des boîtiers mystères », *zdnnet.fr*, 02.05.2002.

¹⁰⁵⁷ Vivendi Universal, « Details on probable vote tampering at the Vivendi Universal shareholders meeting on April 24 », Communiqué de presse, 28.04.2002.

¹⁰⁵⁸ J. THOREL, « Messier reste en poste mais n'obtient pas de nouvelle AG », *zdnnet.fr*, 30.05.2002.

lors du vote équivaut à environ 20 %. La société dénonce alors publiquement un piratage des boîtiers électroniques qui portera atteinte, selon elle, à la confiance sur les marchés financiers¹⁰⁵⁹. La société porte plainte contre X¹⁰⁶⁰, et annonce que le conseil d'administration devra se réunir afin de procéder à une nouvelle convocation des actionnaires.

525. Quatre grands actionnaires forment ainsi avec la société Vivendi une requête conjointe devant le tribunal de commerce de Paris visant à constater que « les dysfonctionnements susvisés dans le décompte des voix exprimées à l'Assemblée Générale du 24 avril 2002 sont susceptibles d'emporter la nullité des délibérations rejetées par l'effet d'un décompte non fidèle des votes »¹⁰⁶¹. L'Association de défense des actionnaires minoritaires (ADAM), intervenant volontairement à l'instance, requiert oralement la désignation d'un « expert, avec pour mission de : - constater la possibilité et l'existence d'un piratage des votes lors de l'Assemblée du 24 avril 2002, - se faire remettre tout matériel, pièces et documents utiles à l'accomplissement de sa mission ». La société prestataire, défenderesse, requiert quant à elle qu'il soit donné acte « de ses réserves quant à la protection de la confidentialité de ses secrets techniques et d'affaires »¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁹ « *The events at the shareholders meeting appear to give corroborating evidence of fraudulent manipulation of the votes, which could have been carried out by a small team armed with a transmitter-receiver and detailed knowledge of the procedures and technical protocols of electronic voting. More generally, this incident is extremely serious in that it could throw suspicion on the entire Paris stock market and all the shareholders meetings currently using electronic voting, and possibly moving to Internet voting in the future. The stock market authorities were immediately informed of the events. Such events are a breach of shareholders' sovereign right to vote, the rules and the spirit of corporate governance.* » in, Vivendi Universal, « Details on probable vote tampering at the Vivendi Universal shareholders meeting on April 24 », Communiqué de presse, 28.04.2002 ; « Fraudulent interference in the voting system at the Vivendi Universal shareholders' meeting on April 24, 2002 », Communiqué de presse, 26.04.2002.

¹⁰⁶⁰ « ... so that the perpetrators of this possible fraud will be identified, brought to justice and tried », Vivendi Universal, « Details on probable vote tampering at the Vivendi Universal shareholders meeting on April 24 », Communiqué de presse, 28.04.2002.

¹⁰⁶¹ J. THOREL, « Vivendi porte plainte pour sabotage électronique de son assemblée générale », *znet.fr*, 20.04.2002 ; ce second vote qui n'aura pas lieu, malgré les annonces répétées de la société : Vivendi Universal, « Fraudulent interference in the voting system at the Vivendi Universal shareholders' meeting on April 24, 2002 », Communiqué de presse, 26.04.2002 ; « Details on probable vote tampering at the Vivendi Universal shareholders meeting on April 24 », Communiqué de presse, 28.04.2002 ; « French court officially finds malfunction in voting », 02.05.2002 ; la société requiert qu'il soit « donner acte à la SA Vivendi Universal de ce que son Conseil d'Administration est appelé à se réunir, le 29 mai 2002 au plus tard, afin qu'il convoque dans les meilleurs délais l'Assemblée Générale des actionnaires de façon à soumettre à son vote l'ensemble des résolutions soumises à l'assemblée générale de Vivendi Universal du 24 avril 2002, ce afin de réitérer en tant que de besoin les résolutions adoptées et de soumettre pour régularisation le vote des résolutions rejetées soumises à cette dernière assemblée », T. com. Paris, SA General et autres c/ Sa Vivendi Universal, 02.05.2002, RG.2002030137.

¹⁰⁶² Assurément consciente qu'il ne pourrait s'agir que d'un problème technique dont elle porterait la responsabilité.

526. Le tribunal de commerce donne acte à l'ensemble des déclarations des parties et intervenants, et nomme, avant de dire droit¹⁰⁶³, le spécialiste M. David Znaty. Mission lui est confiée de « constater la possibilité et l'existence d'un piratage (au sens large) des votes »¹⁰⁶⁴. Le rapport remis exclut tout piratage, et relève une erreur technique lors de la prise en compte des votes d'une série d'actionnaires importants¹⁰⁶⁵. Leurs votes, n'ayant pas été pris en compte par le système, ont été interprétés comme des abstentions. L'ADAM regretta le classement de l'affaire – à la suite du retrait des plaintes des actionnaires¹⁰⁶⁶ – et le silence entourant la remise du rapport¹⁰⁶⁷.

527. L'affaire resta dans les esprits et amena l'AMF à recommander, quelques années plus tard, que les sociétés utilisant le vote par boîtier électronique respectent les principes « de robustesse contre les éléments d'intrusion, et en tout état de cause, de garantie d'intégrité des données échangées »¹⁰⁶⁸. Elle porte une grande responsabilité dans le retard pris dans le développement du vote électronique pré-assemblée, mis en pratique seulement dix ans plus tard¹⁰⁶⁹. Quant au vote à distance en direct, il est toujours rejeté par la pratique française.

¹⁰⁶³ Le tribunal ne reconnaît donc pas de dysfonctionnements à proprement parler, contrairement à ce qu'affirme la société, mais enregistre simplement les déclarations des parties.

¹⁰⁶⁴ Il opéra « notamment par l'examen de la copie du disque dur [et se fera] remettre tout matériel, pièces et documents utiles à l'accomplissement de sa mission en ce y compris les éléments mis sous séquestre », T. com. Paris, *ibid.*

¹⁰⁶⁵ « 'La notion de piratage implique une action extérieure (...) venue perturber ou fausser le processus de déroulement informatisé de l'AG'. Or, explique-t-il, 'les votes de certaines personnes, et en l'occurrence les VIP, n'ont pas fait l'objet d'une acquisition par le système'. Rejetée aussi l'hypothèse d'un 'brouillage' dans la 'transmission radio' (trop compliqué pour ne lire que certains boîtiers et pas d'autres). Il aurait dû être trop 'intelligent' pour 'bloquer la lecture des boîtiers à partir de 3000 [votes] pour certaines résolutions, et 3500 pour d'autres'. Selon l'expert, il n'y a pas eu non plus 'd'erreur de manipulation' ni de 'dysfonctionnements' matériels. » *in*, J. THOREL, « Vivendi : le rapport qui exclut tout 'piratage' du vote des actionnaires en 2002 », *zdnnet.fr*, 28.03.2003 ; J. THOREL, « Les boîtiers fous de Vivendi resteront muets pendant six semaines », *zdnnet.fr*, 03.05.2002 ; J. THOREL, « Vivendi: le vote des actionnaires d'avril 2002 n'a pas été piraté », *zdnnet.fr*, 31.01.2003.

¹⁰⁶⁶ « Dit que, si les parties ne viennent à composition entre elles, le rapport de l'expert devra être déposé au Greffe dans un délai de six semaines (impératif) », T. com. Paris, SA General et autres c/ Sa Vivendi Universal 02.05.2002, RG.2002030137.

¹⁰⁶⁷ J. THOREL, « L'expertise que VU cache à ses actionnaires », *zdnnet.fr*, 07.03.2003.

¹⁰⁶⁸ Recommandation AMF relative à la participation des actionnaires aux assemblées générales, 21.04.2006 (24.04.2007).

¹⁰⁶⁹ « Une fois de plus, et curieusement, il faut un sinistre à notre société hypertechnicisée pour qu'elle découvre l'existence de certains risques, et s'il devait s'avérer que nos assemblées d'actionnaires ne peuvent définitivement plus se passer du boîtier de vote, la sincérité de la prise en compte de la volonté juridique de l'actionnaire trouverait paradoxalement son compte, mieux que dans sa présence physique à l'assemblée, dans le vote par correspondance, la visioconférence ou la télécommunication. » *in*, D. VIDAL, « Télétransmission de données et droit des sociétés : de l'assemblée Vivendi au décret n° 2002-803 du 3 mai 2002 », *Dr. sociétés*, juin 2002, rep. 6.

§ 2 - *Le rejet français du vote électronique en direct*

528. L'article L. 225-107 C. com. évoque une participation des actionnaires à l'assemblée « par visioconférence ou par des moyens de télécommunication », que le droit français semble différencier. La visioconférence, par son étymologie-même, renvoie tant à la vue qu'à la voix. Elle implique donc une participation et un vote en direct¹⁰⁷⁰ (I). La participation par des moyens de télécommunication comprend *a priori* aussi bien la participation à distance pré-assemblée étudiée plus haut que la participation à distance en direct (II).

I - Le vote par visioconférence

529. Selon la lettre de l'article R. 225-61 C. com., la mise en place d'un site internet n'est exigée que pour le vote par des moyens électroniques de télécommunication. L'article R. 225-98 C. com., imposant l'accès au site consacré au vote en séance par voie électronique grâce à un code préalablement fourni à l'actionnaire, fait explicitement référence à l'article R. 225-61 C. com., et donc au vote par des moyens de télécommunication. *A contrario*, le droit français n'impose donc pas de site internet ni d'identification grâce à un code préalablement fourni à l'actionnaire pour un vote par visioconférence.

La visioconférence n'est évoquée qu'à l'article R. 225-97 C. com. Le règlement impose que « l'identification et la participation effective à l'assemblée des actionnaires y participant par des moyens de visioconférence [...] et que] ces moyens transmettent au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations ». Rappelons que le décret de mai 2002 d'application de la NRE n'évoquait que la participation effective¹⁰⁷¹ et que c'est un décret du 11 décembre 2006¹⁰⁷² qui lia l'identification à l'exigence de transmission de la voix de l'actionnaire.

530. Notons, d'une part, que l'identification d'un actionnaire par sa seule voix n'a aucun sens dans les sociétés dont les actions ne sont pas toutes au nominatif et dont les actionnaires ne se connaissent pas entre eux. D'un point de vue technique, la visioconférence ne nécessite pas de site internet dédié, mais peut avoir lieu grâce à des logiciels spécialisés.

¹⁰⁷⁰ V. *infra*, « La voix, l'image et la participation », § 591.

¹⁰⁷¹ V. *supra*, « Les procédures d'identification par voie électronique », § 191.

¹⁰⁷² Cf. art. 38 D. n° 2006-1566 du 11.12.2006, JORF 12.12.2006, p. 18762.

L'identification de l'actionnaire peut se faire grâce à un code fourni par la société lors de son inscription, ou grâce à son adresse électronique

Relevons, d'autre part, que la seule hypothèse dans laquelle le vote peut avoir lieu par visioconférence, au sens strict du terme, est celle du vote à main levée ou par appel nominatif. Cette solution est parfaitement imaginable dans des sociétés de petite taille dont les actionnaires sont éparpillés géographiquement. Ce type de participation aux processus de décisions collectives est en ce sens susceptible de promouvoir la société anonyme de droit français en tant que forme sociale, notamment sur le plan international¹⁰⁷³. La visioconférence n'est cependant pas une solution viable dans les autres types de sociétés anonymes.

531. La plate-forme *Votaccess* ne permet pas de visionner la retransmission de l'assemblée, ce que permettent les sites internet de la plupart des grandes sociétés. Le système n'a pas été pensé pour la visioconférence, ni pour une participation en direct à l'écran, ni même pour un vote par des moyens de télécommunication en direct.

II - Le vote en direct par des moyens électroniques de télécommunication

532. Pour saisir les ambiguïtés et contradictions dont souffre le régime juridique du vote en direct par des moyens de télécommunication, il est nécessaire de revenir sur l'article R. 225-97 C. com.¹⁰⁷⁴. La version originale de l'article¹⁰⁷⁵ s'inscrivait mieux dans la partie réglementaire du Code de commerce relative à l'assemblée générale. Il participait à la création d'un cadre juridique simple et souple encourageant la participation des actionnaires par voie électronique. Sous le régime de ce texte, « les moyens de visioconférence mentionnés au II de l'article L. 225-107 du code de commerce [devaient] satisfaire à des caractéristiques techniques garantissant la participation effective à l'assemblée, dont les délibérations sont retransmises de façon continue ». L'article limitait son champ d'application à l'hypothèse de la visioconférence, en excluant celle plus large de la télécommunication. Il précisait que les délibérations devaient être diffusées de manière continue mais aussi, *a contrario*, que l'image des participants ne devait pas l'être.

¹⁰⁷³ Dans les jeunes entreprises spécialisées dans le domaine des nouvelles technologies d'information et de communication, par exemple.

¹⁰⁷⁴ V. *supra*, « Le droit hors de tout usage », § 54.

¹⁰⁷⁵ Anc. art. 145-2 D. n° 67-236 du 23.03.1967 sur les sociétés commerciales, inséré par l'article 40 du décret n° 2002-803 du 03.05.2002 portant application de la loi NRE, JORF 05.05.2003, p. 8718.

En se consacrant initialement et à dessein à la seule visioconférence, l'article réglementait le régime juridique de la participation en direct aux délibérations et au vote, en exigeant une participation effective des actionnaires non présents. Pour autant, il n'empêchait pas à d'autres actionnaires ne souhaitant pas intervenir dans les débats de manière orale de participer simplement en direct par d'autres moyens. L'ancien texte autorisait par exemple la mise en place d'une plate-forme permettant de poser des questions écrites et de voter en direct à l'écran, c'est-à-dire par des moyens de télécommunication, sans que la voix des actionnaires n'entre en jeu.

533. Sous prétexte que ces moyens de télécommunications cités à l'article L. 225-107 II C. com. avaient été oubliés, « ignorés »¹⁰⁷⁶ par le décret de 2002, le décret du 11 décembre 2006¹⁰⁷⁷ les a ajoutés à l'article R. 225-97 C. com. Ce faisant, le nouveau texte introduit une condition malheureuse à la participation par des moyens de télécommunication, à savoir celle de la transmission de la voix des participants. Cette condition ne devrait naturellement s'appliquer, comme sous le régime précédent, qu'à l'hypothèse de la visioconférence, dont il est de l'essence même de transmettre la voix des participants. Il est absurde de considérer que la participation par simple télécommunication implique la mise en place d'un système transmettant la voix des actionnaires. Comme étudié plus haut, la voix n'apporte au demeurant aucune garantie supplémentaire quant à l'identité de l'actionnaire¹⁰⁷⁸. Cette condition pose en outre problème en cas de représentation de l'actionnaire puisque la voix du mandataire n'est pas évoquée dans le texte. Elle doit impérativement être retirée de l'article R. 225-97 C. com. afin d'assurer l'avènement du vote en ligne en direct¹⁰⁷⁹.

534. Le dispositif *Votaccess* n'est jusqu'à présent destiné qu'au vote pré-assemblée, ce qui, d'après l'AFTI, est simplement dû à l'absence de demande (de la part des sociétés). Les principales sociétés émettrices françaises n'ont, semble-t-il, pas encore exprimé le souhait de permettre la participation en direct des actionnaires aux assemblées générales. D'un point de

¹⁰⁷⁶ ANSA, « Présentation du décret du 11 décembre 2006 », n° 07-002, mars 2007, p. 3 et p. 12 / J.-P. Valuet, « Le décret du 11 décembre 2006 sur les sociétés commerciales », Rev. sociétés, 2007, p. 227 / Comm. ss art. R. 225-97 C. com.

¹⁰⁷⁷ Cf. art. 38 D. n° 2006-1566 du 11.12.2006 précité.

¹⁰⁷⁸ V. *supra*, « Les obstacles persistants » dans les procédures d'identification du cyber-actionnaire, § 191.

¹⁰⁷⁹ « Afin de garantir, en vue de l'application du II de l'article L. 225-107 du code de commerce, l'identification et la participation effective à l'assemblée des actionnaires y participant par des moyens de visioconférence ou de télécommunication, ces moyens transmettent au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations » ; V. Annexe, « Proposition de révisions législatives et réglementaires », p. 497.

vue technique, le dispositif est présenté comme mûr. Si la demande se présentait, il ne faudrait que peu de temps pour adapter le dispositif aux exigences techniques de la participation en direct.

535. La distinction et les exigences distinctes posées pour le vote par visioconférence et pour le vote par des moyens de télécommunication sont-elles nécessaires ? Une utilisation parallèle des deux moyens de communication n'est-elle pas envisageable ? La solution la plus probable ne consiste-t-elle pas à permettre aux actionnaires, d'une part, de suivre, voire de participer aux délibérations par des questions orales par visioconférence tout en permettant, d'autre part, de voter interactivement à l'écran les projets de résolution présentés un par un en cours de séance, c'est-à-dire par des moyens de télécommunication ?

§ 3 - Les deux méthodes allemandes de vote individuel en direct

536. Le vote à distance en direct entre dans le champ d'application du § 118 AktG, qui consacre en son alinéa 1^{er} la participation électronique (*Online-Teilnahme*) à l'assemblée, supposant un suivi à distance de l'assemblée en temps réel. Le vote par correspondance de l'alinéa 2 (*Briefwahl*) permet aux actionnaires, sur clause statutaire, de transmettre leurs votes par des moyens de télécommunication avant, mais aussi pendant l'assemblée, et bien souvent jusqu'à la fin des débats. Contrairement au droit français, le critère de distinction entre le vote par correspondance et le vote dans le cadre d'une participation en ligne ne repose pas, sur la date limite de réception des votes. Avant de présenter le régime juridique du vote en direct dans le cadre d'une participation à distance (II), nous présenterons les interrogations soulevées par la faculté de voter par correspondance jusqu'à la fin des débats – exposée plus haut¹⁰⁸⁰ – quant au vote de résolutions ou amendements non inscrits à l'ordre du jour mais soumis en séance (I).

I - Le vote par correspondance en direct

537. Contrairement au droit français, le droit allemand ne limite pas le vote par correspondance à la période pré-assemblée. Nombreuses sont les sociétés cotées à permettre un vote par correspondance à l'écran (voire par courriel) jusqu'à la fin des discours ou jusqu'à

¹⁰⁸⁰ V. *supra*, « Le 'nouveau' vote à distance de droit allemand », § 368.

la fin des débats. Les actionnaires votant par correspondance ne sont pas considérés comme participants à l'assemblée et ne sont pas inscrits sur la liste de présence. Le décompte des voix reçues par cette voie s'opère parallèlement au vote en assemblée. L'assemblée ne peut exiger du bureau une transparence sur le nombre, ni sur les directions de votes reçues par correspondance¹⁰⁸¹. De fait, le fort développement du vote électronique pré-assemblée fait approuver (moins souvent rejeter) certains projets de résolution avant même qu'ils ne soient discutés et votés en séance. Le fait que le vote soit tranché avant le commencement de l'assemblée peut inciter les actionnaires à faire passer des amendements en séance qui rendraient les votes pré-assemblée inopérants, les projets de résolution soumis au vote étant différents de ceux inscrits à l'ordre du jour. Certaines résolutions relatives, par exemple, au mode de scrutin ou à la retransmission vidéo de l'assemblée, ne sont présentées aux actionnaires que durant la séance. Elle ne peuvent donc être votées qu'en direct. Les actionnaires autorisés à voter par correspondance électronique sur les projets de résolution inscrits sur l'ordre du jour jusqu'à la fin des débats peuvent-ils aussi participer à ces scrutins ? La doctrine considère à juste titre que ces actionnaires sont exclus des scrutins en séance¹⁰⁸². Le vote par correspondance électronique consiste à simplifier et à accélérer la transmission des votes des actionnaires¹⁰⁸³. Il n'a pas vocation à organiser une participation interactive à l'assemblée, contrairement au vote dans le cadre d'une participation électronique du § 118 I AktG.

II - Le vote dans le cadre de la participation en ligne (*Online-Teilnahme*)

538. Contrairement aux actionnaires votant par correspondance, les actionnaires « participant en ligne » sous le régime du § 118 I AktG sont considérés comme des

¹⁰⁸¹ M. ARNOLD *et al.*, *op. cit.* note 1023, p. 358 ; critiqué par U. NOACK, « Briefwahl und Online-Teilnahme an der Hauptversammlung: der neue § 118 AktG », *WM*, 49/2009, p. 2291 : « *Diese mögliche Intransparenz über bereits vorliegende Stimmquoten ist problematisch, denn sie verschafft dem Vorstand einen wichtigen Wissensvorsprung. Unter Umständen weiß er, dass schon alles ‚gelaufen‘ ist. Aus diesem Grunde ist eine weitere Anregung für die Kodex-Überarbeitung im Lichte des ARUG, eine Empfehlung vorzusehen, wonach die Hauptversammlung über das Briefwahlkontingent zu Beginn oder jedenfalls vor der Abstimmung ins Bild zu setzen ist* ».

¹⁰⁸² M. ARNOLD *et al.*, *loc. cit.* note 1023.

¹⁰⁸³ Il en est toutefois autrement en cas de publication d'un ordre du jour modifié préalablement à l'assemblée. Les votes par correspondance dont la société est en mesure de dire qu'ils ont été transmis avant la publication du nouvel ordre du jour, c'est-à-dire sans connaissance de sa modification, ne doivent pas être pris en compte, résolution par résolution. Les votes transmis par l'intermédiaire d'une plate-forme électronique valent pour les projets de résolution affichés à ce moment précis, lesquels sont actualisés dès la publication officielle du nouvel ordre du jour. Les formulaires transmis par courriel valent pour l'ordre du jour publié au jour de leur envoi (et donc de leur réception).

participants à l'assemblée et sont dès lors inscrits sur la liste de présence¹⁰⁸⁴. La participation en ligne est une participation en direct et doit, par défaut, mettre l'actionnaire participant à distance dans une situation comparable à celle de l'actionnaire présent en salle.

Cette qualification emporte en effet une série de droits pour l'actionnaire : droit d'inscrire des contestations au protocole (*Widerspruchsrecht*), droit à la parole et aux renseignements (*Rede- und Auskunftsrecht*), droit de vote en direct sur les projets de résolution inscrits à l'ordre du jour mais aussi sur les projets et requêtes présentés durant la séance. Conscient des exigences techniques et d'organisation que pose un tel degré de participation, le rédacteur de l'ARUG a permis aux statuts ou au directoire sur habilitation statutaire de limiter les droits exerçables à distance. La participation proposée par les quelques rares sociétés ayant sauté le pas est encore très largement circonscrite au droit de vote et au droit de consultation de la feuille de présence, le temps de s'assurer de la solidité de la plateforme de participation¹⁰⁸⁵. Le droit aux renseignements et le droit d'inscription de contestations au protocole inquiètent toutefois moins ces sociétés, qui assurent s'y intéresser¹⁰⁸⁶, que les juristes¹⁰⁸⁷. C'est la question du décompte des voix transmises dans le cadre d'une participation à distance qui nous intéressera ici.

539. La pratique allemande applique deux méthodes de décompte des suffrages. Avant de les présenter, il est important de rappeler que les actionnaires de droit allemand ont la possibilité d'émettre, pour chaque projet de résolution un vote pour, un vote contre. Il peuvent aussi s'abstenir (*Enthaltung*) ou rendre un bulletin nul (*nichtige Stimme*)¹⁰⁸⁸. Les projets de résolution, formulés sur le modèle d'une « interrogation totale », sont adoptés à la majorité des suffrages exprimés¹⁰⁸⁹, c'est-à-dire avec un minimum de 50 % plus une voix pour, ou un maximum de 50 % moins une voix contre. Les abstentions (et *a fortiori* les votes nuls) ne correspondent pas à une voix contre et n'entrent pas dans le calcul de la majorité.

La première méthode de décompte, la plus évidente, consiste à additionner les voix pour d'un côté et les voix contre de l'autre afin d'établir la majorité (*Additionsverfahren*). Les abstentions ne sont ici pas comptabilisées dans le vote, car elles n'influencent pas le calcul de

¹⁰⁸⁴ RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 27 ; v. *infra*, « Présence et participation », § 563.

¹⁰⁸⁵ Telles que la SAP AG ou la Munich RE AG.

¹⁰⁸⁶ A. KLEWNO, « Wir erhoffen uns von der Online-HV eine Erweiterung des Teilnehmerkreises (SAP AG) », *HV-Magazin*, 2012, p. 42.

¹⁰⁸⁷ V. *infra*, « La sécurité juridique et la participation en ligne », § 600.

¹⁰⁸⁸ Ils seront toutefois pris en considération, en fonction de la méthode de décompte des suffrages adoptée par la société ; cf. H. SCHRÖER, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 133 AktG », § 5.

¹⁰⁸⁹ « *Mehrheit der abgegebenen Stimmen* », § 133 I AktG.

la majorité. Cette méthode est la plus sûre juridiquement, car la plus sûre en pratique. Elle est en contrepartie relativement lente et paradoxalement tout particulièrement adaptée aux petites assemblées ainsi qu'aux très grandes. Les assemblées rassemblant peu d'actionnaires et opérant un vote à main levée ou nominatif se contentent de compter les votes positifs et les votes négatifs. Les assemblées rassemblant plusieurs centaines d'actionnaires auront généralement recours aux boîtiers électroniques, qui permettent un traitement informatique instantané des suffrages.

La seconde méthode, très répandue, permet un décompte plus rapide, mais suppose une organisation plus exigeante. Elle a vu le jour face au constat que la quasi-intégralité des projets de résolution était approuvée à une majorité dépassant 90 % des suffrages exprimés. Ainsi, plutôt que d'additionner parallèlement deux types de voix (pour ou contre), cette seconde méthode soustrait les votes négatifs du nombre de voix enregistrées dans la liste de présence (*Subtraktionsverfahren*). Cette méthode impose de prendre en considération les abstentions, qui réduisent d'autant le nombre de voix nécessaires pour atteindre la majorité – la proportion nécessaire pour l'adoption d'une résolution restant en l'occurrence 50 % des suffrages exprimés moins un vote contre¹⁰⁹⁰.

540. Cette méthode de soustraction est-elle applicable aux voix transmises dans le cadre d'une participation en ligne ? Le gouvernement a d'emblée répondu à cette interrogations dans les motivations de son projet de loi modifiant le § 118 I AktG¹⁰⁹¹. Il suffit en effet, d'une part, de ne compter que l'ensemble des voix contre et, d'autre part, de soustraire du nombre total de voix les abstentions des actionnaires présents en salle et de ceux participant à distance. En soustrayant le premier résultat au second, l'on détermine si le nombre de votes pour obtient la majorité des suffrages exprimés nécessaire à l'adoption de la résolution.

Cette méthode en théorie parfaitement viable, mais suppose un dispositif technique assez précis devant être clairement expliqué aux actionnaires¹⁰⁹². En salle, la présence est contrôlée à l'entrée et à la sortie de la salle, si bien que tout actionnaire quittant la zone de présence de l'assemblée se voit retirer de la liste de présence¹⁰⁹³. Son nombre de voix est alors soustrait du nombre total de voix représentées à l'assemblée et sur lequel repose le décompte des scrutins. Pour appliquer le décompte par soustraction aux participants en ligne, il faut que

¹⁰⁹⁰ RegE NaStraG, BT-Drs. 14/4051, p. 14.

¹⁰⁹¹ RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 26.

¹⁰⁹² V. *infra*, « La sécurité juridique et la participation en ligne », § 600.

¹⁰⁹³ V. *infra*, « Jurisprudence allemande relative au lieu de l'assemblée », § 581.

les entrées et sorties de la plate-forme de participation en ligne soient inscrites comme telles sur la liste de présence. La majorité des auteurs jugent à tort cela impossible¹⁰⁹⁴, et rejettent deux hypothèses de prise en compte de ces actionnaires¹⁰⁹⁵.

La première solution consiste à considérer qu'une fois connecté à la plate-forme, l'actionnaire ne pourra pas être désinscrit de la liste de présence, quand bien même il quitterait la plate-forme de participation en ligne. La seconde hypothèse est celle dans laquelle l'actionnaire (s'étant préalablement inscrit à l'assemblée) serait automatiquement inscrit sur la feuille de présence lors de sa connexion sur la plate-forme de participation, et automatiquement désinscrit lors de sa déconnexion. Si la première solution est susceptible de poser des difficultés en cas de présence sur place d'un mandataire, la seconde hypothèse est parfaitement viable et n'impose pas que les actionnaires participant en ligne fassent l'objet d'une énumération spécifique sur la liste de présence.

Ces questions vont se poser à l'avenir d'autant plus sérieusement que la participation en ligne va se tourner vers les appareils mobiles, qui remettront nécessairement en question la manière dont les actionnaires de droit allemand votant à distance seront pris en considération pour le décompte des votes.

¹⁰⁹⁴ « Weitergehend hat der Gesetzgeber das unter Einbeziehung der online zugeschalteten Aktionäre erstellte Teilnehmerverzeichnis als taugliche Präsenzliste für die Abstimmung nach dem sog. Subtraktionsverfahren eingestuft. Dies erscheint fragwürdig, wenn man berücksichtigt, dass beim Subtraktionsverfahren die rechnerische Ermittlung der Ja-Stimmen auf einer Fiktion des Schweigens aller nicht-opponierenden Versammlungsteilnehmer beruht. Um diese Fiktion juristisch begründen zu können, ist während des Abstimmungsvorgangs zumindest eine permanente Präsenzkontrolle (Zu- und Abgangskontrolle) oder – wie in der Praxis üblich – eine Verstetigung der Präsenz durch Zu- und Abgangssperren erforderlich. Beides ist im Hinblick auf den Online-Aktionär technisch nicht möglich. Die Abschaltung des Internet-Zugangs durch den Aktionär oder dessen physische Entfernung vom Einwahl-Terminal kurz vor der Abstimmung ist für die Gesellschaft nicht kontrollierbar und die Fiktion einer Ja-Stimme somit nicht begründbar, will man nicht dem längst im Freibad weilenden Online-Aktionär eine Zustimmung zu den (aktuell nicht vernommenen!) Verwaltungsanträgen willkürlich unterstellen. Der Praxis ist daher bei Ermöglichung von Online-Abstimmungen von der Anwendung des Subtraktionsverfahrens dringend abzuraten. » in, D. KUBIS, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 129 AktG ».

¹⁰⁹⁵ M. ARNOLD *et al.*, *loc. cit.* note 1023.

SECTION 2 - LE VOTE PAR TERMINAL MOBILE : VERS UNE REFORME DU RÉGIME JURIDIQUE DU VOTE EN ASSEMBLÉE

541. À l'heure où il se vend plus de tablettes connectées que d'ordinateurs portables ou de bureau¹⁰⁹⁶ et où la majorité des téléphones mobiles sont multifonctions¹⁰⁹⁷, le vote électronique en direct risque d'être confronté à des questions similaires à celles qui se posèrent avec l'avènement du vote par correspondance. Alors que l'on s'interrogeait sur le comportement à adopter à l'égard d'un actionnaire ayant voté par correspondance préalablement à l'assemblée mais se présentant toutefois le jour de l'assemblée, l'on doit s'interroger aujourd'hui sur la manière de traiter un actionnaire ayant manifesté son intention de participer par voie électronique en direct à l'assemblée (et donc *a priori* à distance) mais se présentant ou se faisant représenter le jour J à l'assemblée. L'on constate qu'inversement, certains actionnaires de droit allemand se déplacent à l'assemblée, la quittent après les discours ou au regard de la longueur des débats, puis votent en ligne avant la tenue du scrutin en salle¹⁰⁹⁸.

L'accès mobile à internet fait surgir de nouveaux usages¹⁰⁹⁹ qui remettront assurément en cause le cadre juridique de la participation par voie électronique à l'assemblée générale.

¹⁰⁹⁶ E. BEMBARON, « Il s'est vendu plus de tablettes que de PC en France en 2013 », *lefigaro.fr*, 12.02.2014.

¹⁰⁹⁷ Ils permettent ainsi une connexion à internet ainsi que l'installation d'applications mobiles ; Médiamétrie, « L'année internet 2013 - L'internaute ultra connecté / exposé / engagé », 20.02.2014.

¹⁰⁹⁸ A. KLEWNO, *loc. cit.* note 1086.

¹⁰⁹⁹ Notons que le vote électronique le plus ancien et le plus ancré au sein de la population est le vote par téléphone. L'envoi de SMS à un serveur dédié permet un traitement automatisé de réponses diversifiées à une question diffusée par n'importe quel média. Un ensemble très large d'actionnaires pourrait ainsi, même dans un laps de temps limité, transmettre un vote résolution par résolution par SMS au centralisateur de l'assemblée. Un tel dispositif supposerait premièrement de pouvoir suivre l'assemblée en direct sans retard d'affichage, sur le modèle de ce qui se fait quotidiennement lors d'émissions télévisées en direct – avec un public au demeurant autrement plus large que celui d'une assemblée générale d'actionnaires. Les actionnaires disposeraient ainsi d'un temps prédéfini pour voter à distance – éventuellement un peu plus long que celui réservé au vote par boîtier électronique. Le plus grand avantage du vote par téléphonie mobile est l'identification de l'actionnaire. Le numéro de téléphone de l'actionnaire, qu'il communique à la société en marge de l'assemblée ou dans le cadre de son enregistrement dans le registre des actionnaires au nominatif, peut très aisément servir de numéro d'identification. Le téléphone mobile est utilisé par tous les prestataires de services bancaires et financiers en ligne pour communiquer mots de passe temporaires ou TAN (*Transaction authentication number*). La falsification d'un numéro de téléphone étant improbable, ce mode d'identification reste le plus sûr au regard de sa facilité de mise en place (par rapport à la signature électronique, moins répandue car techniquement plus exigeante). Toutefois, le vote par SMS, peu réactif et nécessairement payant, ne correspond pas à l'état actuel du progrès technologique, très largement tourné vers le numérique, et est finalement peu adapté à la singularité de l'assemblée générale des actionnaires.

542. Il est évident que, dans les années à venir, les prestataires de services en assemblée ou les sociétés proposeront, parallèlement au site internet requis par l'article R. 225-61 C. com., des applications pour téléphones multifonctions et tablettes. Certaines sociétés cotées proposent déjà des applications à leurs actionnaires¹¹⁰⁰. La société Air Liquide permet, par exemple, par un code QR imprimé sur la convocation, d'accéder à un site informatif sur le vote par internet¹¹⁰¹. Guère plus difficile à mettre en place qu'un site internet, une telle application, installée par l'actionnaire avant ou au début de l'assemblée¹¹⁰², présente de nombreux avantages. Avant toute chose, elle permet un nouveau moyen de contact permanent entre la société et l'actionnaire tout au long de l'année, sur le modèle des « espaces actionnaires » du site internet de la société dont la fréquentation est certainement faible, et permettrait par exemple de créer des « alertes » calées sur le calendrier financier et l'activité de la société, de consulter l'information financière réglementée, de communiquer avec les services actionnaires et, dans l'absolu, entre actionnaires, voire d'organiser un « réseau social ». En période d'assemblée, l'application permettra à la société de transmettre valablement l'avis de réunion et de convocation, ainsi que d'accéder à l'ensemble des informations et documents relatifs à la convocation.

543. Pendant l'assemblée générale, l'application permettra deux types de participation, en fonction de la localisation de l'actionnaire. L'application mobile peut très bien servir à définir si l'actionnaire est présent à l'assemblée, ou s'il y participe à distance. Les outils de géolocalisation des terminaux mobiles, trop imprécis pour s'assurer que l'actionnaire est bien dans la salle de réunion et non dans les alentours, ne devraient être utilisés qu'avec précaution. La première solution de géolocalisation satisfaisante serait la connexion directe du terminal mobile de l'actionnaire au réseau *wifi* mis en place par les organisateurs dans la « sphère de présence » de l'assemblée. Cette connexion, pouvant être au demeurant automatique grâce à l'application mobile ou se faire grâce à un code communiqué à l'entrée de la salle, assurerait au bureau de l'assemblée que l'actionnaire est bien présent dans le lieu de l'assemblée. La seconde solution impliquant l'usage du terminal mobile est plus aisée à mettre en œuvre. Elle consiste à contrôler l'entrée et la sortie du lieu de l'assemblée, en installant des lecteurs optiques capables de déchiffrer un code barre (classique ou QR) préalablement envoyé à l'actionnaire dans la convocation électronique et disponible sur

¹¹⁰⁰ Notamment Air Liquide SA et Total SA.

¹¹⁰¹ Air Liquide SA [al-nominatifpur.com].

¹¹⁰² En suivant les indications données dans la convocation ou dans un message électronique d'information.

l'application mobile de la société. L'application servirait ainsi de carte d'admission à l'assemblée, de la même manière que les applications mobiles de compagnies de transports servent depuis des années de carte d'embarquement¹¹⁰³. Au regard des exigences imposées par la tenue de la liste de présence en assemblée, cette dernière solution semble être la seule à même de contrôler sérieusement l'entrée et la sortie des actionnaires de la sphère de présence.

§ 1 - Pour les actionnaires non présents physiquement

544. Dans l'hypothèse de la participation de l'actionnaire à distance, l'application du terminal mobile individuel répondra aux mêmes exigences que le « site internet » de l'article R. 225-61 C. com. Il ne s'agit en effet que d'une modalité d'accès particulière à la plateforme de vote en ligne. La participation en ligne ne s'intéresse d'aucune façon au terminal utilisé pour accéder au site internet permettant la participation à distance, du moment que l'identification est assurée. Aucune différence ne peut être faite entre un ordinateur de bureau, un ordinateur portable, une tablette ou un téléphone mobile. Les actionnaires sont considérés présents pour le calcul du quorum (art. L. 225-107 II C. com.) et bénéficient en principe des mêmes droits que les actionnaires présents en salle.

545. L'actionnaire pourra suivre la retransmission de l'assemblée générale en *streaming*, (en accord avec l'article R. 225-97 C. com.), et lorsque le vote en salle débutera, il aura la possibilité d'exprimer et de confirmer son vote à l'écran, résolution par résolution, avec la même fluidité et interactivité que s'il était présent en salle.

Mais l'actionnaire pourra aussi parallèlement transmettre un formulaire de vote pendant l'assemblée avant la fin des débats. L'on ne peut exiger de l'actionnaire votant à distance de rester devant l'écran durant un temps indéterminé avant le vote. L'actionnaire doit en effet pouvoir transmettre son propre formulaire de vote à tout moment, c'est-à-dire sans que cela ne passe par l'envoi d'instructions de vote au mandataire désigné par la société. Tel est le cas notamment en Allemagne.

¹¹⁰³ Le code QR (« *Quick Response* », code-barres sous forme carrée) est en effet utilisé comme moyen d'identification des voyageurs par de plus en plus de compagnies aériennes et ferroviaires au moment de l'embarquement. Au regard de l'esprit sécuritaire régnant dans cette branche, cet usage est la meilleure preuve de l'efficacité de ce procédé d'identification par terminal mobile.

§ 2 - Pour les actionnaires présents en salle, et ceux représentés

546. Les actionnaires présents en salle pourront d'abord consulter sur leur terminal mobile l'ensemble des documents que le bureau de l'assemblée doit mettre à la disposition des participants (feuille de présence, rapports, etc.¹¹⁰⁴), et ce en différentes langues¹¹⁰⁵.

547. La feuille de présence, sous format électronique, pourrait permettre aux actionnaires connectés de communiquer, soit entre eux par messagerie directe, soit en groupe dans un dialogue en ligne (*chat*¹¹⁰⁶). Des services de messagerie publique tel que Twitter sont déjà utilisés, principalement par des journalistes, pour commenter en direct le déroulement des assemblées générales d'actionnaires. L'opportunité de discussions écrites parallèles à la tenue de l'assemblée est cependant loin d'être établie. Si les délibérations en assemblée ne sont certes pas toujours captivantes, il y a peu de chance que la messagerie électronique en salle participe à les rendre plus conviviales. Enfin, le fait que l'outil de communication soit mis en place par la société, ou par le centralisateur de l'assemblée sous ses ordres, n'est pas sans soulever certaines interrogations. Le bureau de l'assemblée doit-il assurer la police, en d'autres termes la modération de la discussion de groupe en réseau ? Peut-il s'immiscer dans la discussion sans qu'il ne soit porté atteinte au principe d'égalité entre actionnaires face à l'information ? La participation à la discussion est-elle anonymisée ? Les actionnaires peuvent-ils s'y exprimer librement ? Autant de questions qui devront trouver réponse dans les conditions générales d'application de l'application mobile, conditions en théorie imposées par le bureau de l'assemblée et son prestataire de services centralisateur, voire dans la convocation à l'assemblée.

548. Une telle application améliorera ensuite la qualité de la participation des actionnaires à l'assemblée car elle garantit un niveau d'accessibilité exceptionnel. Les personnes malentendantes auront la possibilité de suivre l'assemblée grâce à une retranscription écrite

¹¹⁰⁴ V. *supra*, « Prendre connaissance, prendre copie », § 80.

¹¹⁰⁵ Suivant ainsi les recommandations de l'AMF : « Accorder une attention particulière aux actionnaires non-résidents, lorsque les émetteurs en ont, dans la communication financière, notamment via la publication d'une traduction en anglais de l'essentiel des documents relatifs à l'assemblée (ordre du jour, projets de résolution, exposé des motifs, rapport de gestion) » in, Proposition n° 08, *Rapport AMF sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées*, O. POUPART LAFARGE (dir.), 07.02.2012, p. 22.

¹¹⁰⁶ Remplaçant le terme de « causette » (JO 16.03.1999) ; CGTN, *Vocabulaire des techniques de l'information et de la communication*, 2009.

des propos tenus en salle, qui sera diffusée en direct sur l'application (sous-titres)¹¹⁰⁷. Les actionnaires français et allemands vieillissant, il n'est pas inutile de souligner que l'application mobile pourra aussi retransmettre le son de l'assemblée¹¹⁰⁸, dont le volume pourra être augmenté à souhait grâce à des écouteurs personnels, mettant ainsi fin à une série de demandes en justice incongrues¹¹⁰⁹.

Une diffusion audio permet de plus une meilleure prise en considération des actionnaires non-résidents. Une traduction en direct grâce aux services d'un interprète, telle qu'elle est parfois proposée lors de la rediffusion de l'assemblée sur internet, peut de même parfaitement être diffusée sur l'application mobile, par écrit et/ou par oral. Enfin, l'application mobile permettra de prendre contact avant et pendant l'assemblée avec « l'interlocuteur adapté en charge des relations avec les investisseurs non-résidents pour toute question liée à l'assemblée », dont la présence est appelée à être généralisée par l'AMF¹¹¹⁰.

549. L'application permettra enfin de voter. Le vote en salle grâce à l'application mobile soulève un certain nombre d'interrogations, tant juridiques que d'organisation. Il s'agit de savoir à quel moment le vote des projets de résolution pourra ou devra être transmis à l'assemblée.

L'on peut considérer, d'une part, que l'actionnaire équipé présent en salle sera soumis au même régime que les autres actionnaires : ils pourra ainsi voter à la fin des débats, résolution par résolution, en direct avec le reste des actionnaires présents équipés de boîtiers électroniques. Le terminal mobile de l'actionnaire, synchronisé avec la salle le moment venu, fera donc ici simplement office de boîtier électronique, indépendamment du type de

¹¹⁰⁷ L'accessibilité aux personnes handicapées de la salle de l'assemblée devant être garantie ; cf. D. KUBIS, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 118 AktG », § 65.

¹¹⁰⁸ Voire l'image, si l'actionnaire sort de la salle de réunion mais souhaite ne rien manquer dans le foyer, même si le besoin est nécessairement moins pressant dans la salle même.

¹¹⁰⁹ Les actionnaires allemands se plaignant régulièrement, même devant les tribunaux mais sans succès, de la mauvaise acoustique en assemblée : « Le demandeur argue dans sa requête en nullité que les propos du directeur financier relatifs au point 8 de l'ordre du jour étaient incompréhensibles en raison, d'une part, du fait qu'il ait avalé la moitié de certaines phrases déjà interrompues par des fous rires, mais aussi, d'autre part, du fait de la mauvaise qualité de la technique sonore. Aux toilettes, le vrombissement des sèche-mains couvrait le son, déjà bien faible, de la retransmission audio, si bien que plus un mot n'était audible. Dans l'espace fumeur, seuls des chuchotements inaudibles étaient perceptibles. » in, OLG München, *Beschl. v. 10.04.2013 – 7 AktG 1/13, NZG*, 2013, p. 623.

¹¹¹⁰ « Systématiser, pour les émetteurs de grande taille et ayant une base actionnariale internationale, la mise en place d'un interlocuteur adapté en charge des relations avec les investisseurs non-résidents pour toute question liée à l'assemblée. Indiquer dans la communication financière le nom et les coordonnées de cet interlocuteur. » in, Proposition n° 08 du Rapport O. POUPART LAFARGE (dir.), *loc. cit.* note 1105.

connexion utilisé pour transmettre les votes¹¹¹¹. La question devant se poser dès aujourd'hui est de savoir si le vote par terminal mobile est, *de lege lata*, un simple mode de scrutin en salle à l'instar du vote par boîtier électronique, ou s'il s'agit d'un vote par des moyens de télétransmission au sens de l'article L. 225-107 II C. com. Les modes de scrutin en salle n'étant pas réglementés, cette qualification juridique laisserait une grande liberté de développement aux prestataires de services en assemblée. La qualification de moyens de télécommunication emporte quant à elle toute une série d'exigences réglementaires. L'article L. 225-107 II C. com. considérant les actionnaires qui « participent à l'assemblée [...] par des moyens de télécommunication » comme « réputés présents », le législateur ne conçoit très clairement pas une participation en salle par des moyens de télécommunication. L'utilisation d'un boîtier électronique, largement répandue en pratique, ne saurait donc être considérée comme un moyen de télécommunication au sens de l'article L. 225-107 II C. com.

L'on peut envisager, d'autre part, que l'application permette de transmettre jusqu'à la fin des débats – ou jusqu'à la fin des discours introductifs – un formulaire électronique de vote. Le vote pourra ainsi être envoyé au centralisateur à tout moment durant l'assemblée, comme certaines sociétés de droit allemand le permettent pour le vote par correspondance. De même que l'on ne peut exiger de l'actionnaire votant à distance de rester devant l'écran durant un temps indéterminé avant le vote, l'on estimera que l'actionnaire doit pouvoir transmettre son formulaire de vote avant la fin des débats.

550. Cette question se pose dès aujourd'hui dans le cadre de la participation en ligne du § 118 I AktG. L'inscription sur la liste de présence en raison d'une participation en ligne n'empêche pas l'actionnaire de droit allemand de se présenter en personne ou de se faire représenter en assemblée. La doctrine relève toutefois deux situations. L'actionnaire se connectant à la plate-forme de participation à distance peut avoir déjà émis des votes par correspondance ou transmis des instructions de vote au mandataire. La participation en ligne étant la forme la plus intégrée à l'assemblée, elle doit avoir priorité et annuler votes et

¹¹¹¹ La qualification de « boîtier électronique » doit en effet être indépendante de la manière dont le terminal est connecté avec le bureau de l'assemblée ou son centralisateur. L'on ne peut pas envisager que le terminal utilisant une connexion interne à la salle (radio, *Bluetooth* ou *wifi*, voire câblée) mise à la disposition des participants soit assimilé à un boîtier électronique, et qu'*a contrario*, l'utilisation d'un terminal qui utiliserait une connexion tierce, par l'intermédiaire d'un fournisseur d'accès à internet et/ou d'un opérateur en téléphonie mobile, soit considérée comme une participation par des moyens de télécommunication (quand bien même elle aurait lieu en salle). D'une part, la technologie radio utilisée par certains boîtiers électroniques sans câble, la technologie *Bluetooth*, celle de la *wifi* et des réseaux 3G ou 4G se servent toutes de radiofréquences et sont au final assez comparables. D'autre part, en cas de courte interruption de la connexion en interne, le terminal risque de se connecter à l'application par un autre moyen, à savoir par internet, compliquant ainsi inutilement la qualification juridique de la participation à distance.

instructions transmises par d'autres moyens. Si, toutefois, la participation en ligne se borne à l'expression du vote en direct, tel que c'est encore largement le cas en pratique, l'on pourra considérer que l'exercice de droits connexes en séance par un mandataire devra être garanti sans empêcher l'actionnaire de voter en personne à distance. Toutefois, rappelle-t-on, il incombe en toute hypothèse à l'actionnaire d'exprimer son vote sans équivoque¹¹¹².

551. Ne faudrait-il pas dès lors adopter une interprétation fonctionnelle de la participation à distance dont l'objectif n'est autre que de garantir l'exercice des droits politiques attachés à l'action ? Les facilités offertes par la participation électronique rendent superflue toute distinction juridique entre le vote par correspondance et le vote en direct. Le traitement automatisé des votes fonctionnant avec la même fluidité avant et pendant l'assemblée, qu'est-ce qui justifie la distinction entre le vote reçu à J-7, celui reçu à J-1 15h, celui reçu après les discours introductifs et celui reçu après les délibérations ? Le progrès technologique impose de procéder à une refonte du régime juridique encadrant les droits politiques des actionnaires, afin d'assurer une plasticité, une flexibilité dans leurs modalités d'exercice. À ce titre, la retenue, si ce n'est le silence de la réglementation d'application de la loi est assurément la solution la plus pertinente.

Conclusion intermédiaire

552. L'introduction du vote à distance fut en France plus destinée à permettre aux sociétés anonymes d'atteindre les quorums qu'à remédier au désintérêt des actionnaires pour l'entreprise commune¹¹¹³. La baisse des quorums est une solution peu ambitieuse pour faire revenir l'actionnariat des sociétés françaises en assemblée générale¹¹¹⁴. Il fallait donc développer les dispositifs juridiques permettant une participation à distance que sont, d'une part, le vote par correspondance et, d'autre part, le vote par procuration. Moins soumis aux

¹¹¹² « Die Gesellschaft sollte in angemessenem Umfang vorsehen, dass derartige Konstellationen bei der Eingangs- und Ausgangskontrolle erfasst und im Steuerungssystem hinterlegt werden. Allerdings darf hier der Maßstab nicht überspannt werden: Es liegt in der Verantwortung des Aktionärs, seine Stimme in eindeutiger Weise abzugeben. » in, M. ARNOLD et al., « Aktuelle Fragen bei der Durchführung der Hauptversammlung », AG, 2011, p. 361.

¹¹¹³ « Le présent article modifie les règles de calcul du quorum et de la majorité pour tenir compte des nouvelles modalités de participation aux assemblées qu'il propose de créer. » in, AN, Commission des finances, Rapport n° 2327, É. BESSON, déposé le 06.04.2000.

¹¹¹⁴ Ainsi que le rapporte P. Marini dans son rapport pour la Commission des finances du Sénat, « la diminution du quorum des assemblées ordinaires ne paraît pas une mesure très significative ; elle devrait, très vite, se heurter aux mêmes difficultés que celles qui existent déjà aujourd'hui » in, Sénat, Commission des finances, Rapport n° 438, P. MARINI, déposé le 29 juin 2005.

contraintes de quorum, le droit allemand n'a que récemment élargi le vote à distance – traditionnellement tourné vers la procuration – au vote par correspondance, en supprimant l'obligation controversée de présence à l'assemblée (*Präsenzversammlung*).

553. Le vote par procuration est le remède le plus doux. Il consiste pour un actionnaire à mandater un autre actionnaire, son conjoint, ou de donner pouvoir au président de l'assemblée générale, afin que cette personne exécute en séance des instructions de vote ou une politique publique de vote. La directive européenne de 2007 précitée a imposé que les sociétés cotées autorisent la procuration à un tiers, personne physique ou morale, sur un modèle allemand¹¹¹⁵ longtemps rejeté en France¹¹¹⁶, ouvrant ainsi un peu plus les portes de ces sociétés vers le public, les instituts financiers et autres professionnels en conseil de vote. Si des instructions sont données au mandataire¹¹¹⁷, elles le sont généralement préalablement à l'assemblée. Elles peuvent cependant aussi être transmises à distance par voie électronique au mandataire désigné par la société et présent en salle jusqu'à la fin des débats (*Internet Proxy-voting*). C'est cette solution que la pratique allemande avait largement développée, le droit ne prévoyant pas jusqu'il y a peu de vote par correspondance¹¹¹⁸. L'actionnaire peut ainsi exercer son droit de vote – mais aussi ses autres droits de participation en assemblée – à travers la personne mandatée présente en salle.

554. Le vote par correspondance soigne le même mal, à savoir la faible prise en considération de l'actionnaire individuel. Il consiste pour l'actionnaire à transmettre ses votes directement à la société, ou au centralisateur d'assemblée mandaté à cette fin. Introduit en droit français en 1983 et en droit allemand en 2009¹¹¹⁹, le vote par correspondance est en concurrence directe avec le vote par procuration. Il a la même finalité première mais se libère de la représentation. Le vote par correspondance de droit français ayant traditionnellement lieu par voie postale, il fut pensé en conséquence comme un vote transmis avant la tenue de

¹¹¹⁵ Cf. §§ 134 III 1 et 135 AktG.

¹¹¹⁶ Art. 3 ord. n° 2010-1511 du 9 décembre 2010 portant transposition (art. L. 225-106 I C. com.) de la dir. 2007/36/CE (art. 10 § 1), JORF 10.11.2010, p. 21612.

¹¹¹⁷ Donner mandat au président de l'assemblée sans instructions particulières de vote revient à approuver l'ensemble des projets de résolution agréés par les dirigeants et à rejeter ceux non agréés proposés par des actionnaires minoritaires. Donner mandat à une société de conseil de vote ou à un institut financier revient à voter selon leur politique de vote, cette dernière faisant l'objet d'une publication.

¹¹¹⁸ En 2013, 39 % des actionnaires individuels de droit allemand exercent leur droit de vote à travers un mandataire (45 % en 2004) ; DAI, B. PELLEN, A. SCHMIDT, « Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre », févr. 2014, p. 50.

¹¹¹⁹ Cf. art. 25 loi n° 83-1 du 03.01.1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne, JO 04.01.1983, p. 167 ; Cf. art. 1 n° 7 b ARUG, 30.07.2009, BGBl. I, p. 2479.

l'assemblée générale, au regard du temps nécessaire au traitement des votes émis sur formulaires papier. La mise en route du vote à l'écran a été freinée en France par cette représentation du vote à distance, et n'est encore en pratique qu'un vote pré-assemblée. Le mérite de la place financière parisienne est toutefois d'être parvenue à mettre en place une plate-forme électronique intégrant les intermédiaires financiers teneurs de compte, permettant aux actionnaires au porteur une identification aisée et un vote aux assemblées générales quasi-instantané et à bas coût pour la société.

Le législateur allemand a de son côté pensé le vote à distance plus tardivement mais plus librement. Si le vote transmis par voie postale doit bien logiquement être reçu avant la réunion pour pouvoir être traité et comptabilisé à temps, il est apparu clair au législateur allemand, encouragé par une pratique enthousiaste, que l'instantanéité de la communication électronique et du traitement informatique des votes à l'écran offre aux actionnaires la possibilité technique de voter à distance en direct. Aussi la loi ne s'oppose-t-elle pas à ce qu'un vote à l'écran dit « en direct » puisse en pratique avoir lieu jusqu'à la fin des débats de l'assemblée.

Le vote en direct est la condition *sine qua non* à la juste prise en considération de l'actionnaire individuel dans le processus de décision collective, en ce qu'il lui permet de s'abstenir, de soutenir ou de rejeter des projets de résolution au regard des explications données par les dirigeants ainsi que des réactions approbatrices ou contestataires des actionnaires présents en salle lors des débats. Le vote en direct est la première étape d'une pleine participation à distance des actionnaires à l'assemblée générale.

TITRE 2

-

LE DECLIN DU DROIT DE L'ACTIONNAIRE DE PARTICIPER AUX DELIBERATIONS

« Les désordres induits par l'introduction forcée de procédures techniques qui n'ont pas fait leurs preuves ne sont-ils pas pires que les inconvénients, bien gérés de tout temps, de l'absentéisme, lequel donne très démocratiquement la direction des affaires à ceux qui ont fait l'effort de se déplacer »¹¹²⁰ ?

555. La participation à distance par voie électronique à l'assemblée générale des actionnaires fait l'objet d'une triple résistance. La première résistance est technique. Assurer la rediffusion en direct d'un événement et la participation par visioconférence¹¹²¹ de centaines voire de milliers d'actionnaires est un défi technique dont le développement a un coût relativement important. Les professionnels des titres financiers ont les capacités financières, la technologie et les talents nécessaires pour relever ce défi, le jour où la demande se manifesterait, assurent les responsables les mieux placés¹¹²².

556. La deuxième résistance est « culturelle ». Les membres d'une assemblée prenant la peine de se déplacer aux réunions annuelles n'apprécient guère être mis sur le même plan que ceux souhaitant exercer leurs droits à distance. La culture dominante des assemblées générales d'actionnaires craint encore toute participation par voie électronique. Cela est d'autant plus remarquable que l'on observe de véritables divergences entre les secteurs industriels et commerciaux. Le secteur automobile français et allemand s'est, par exemple, longtemps refusé à la voix électronique, contrairement au secteur bancaire et surtout de

¹¹²⁰ X. LINANT DE BELLEFONDS, « Juste un peu de temps ! », *Comm. Com. électr.*, n° 6, juin 2002, rep. n° 6.

¹¹²¹ Par la transmission de la voix, l'image, et/ou d'informations écrites à l'écran.

¹¹²² M. RONCIN, « VOTACCESS : Trois ans de mise en œuvre », Amphi AFTI (FBF, ANSA) du 18.06.2014 ; Rappelons que la rediffusion vidéo de l'assemblée sur internet, en libre accès, est déjà très largement répandue dans les sociétés indexées au CAC 40 français et au DAX allemand.

l'assurance. Relevons que la place financière parisienne des années 60 connut une retenue comparable, comme nous le rapporte dans ses mémoires le dernier Syndic de la Compagnie des agents de change : « Introduire à la bourse des machines électriques ou électroniques, afin d'accélérer l'établissement des cours ? Cela entraînerait la dépersonnalisation des transactions et une baisse de leur volume »¹¹²³. La participation à distance des actionnaires « dépersonnalisera »-t-elle l'assemblée au point de faire baisser le volume des votes ? Aurait-elle ainsi l'effet contraire de celui escompté ? Notons que cette crainte de la « dépersonnalisation » de l'assemblée générale et de l'actionnariat est paradoxale dans une structure dénommée société anonyme¹¹²⁴. Relevons enfin, par analogie mais *a contrario*, que si la dépersonnalisation de l'assemblée générale est effectivement liée à la baisse du nombre des actionnaires participants, elle en est la conséquence, et non la cause. De fait, la dépersonnalisation de l'assemblée générale n'est-elle pas intensifiée par la baisse des quorums qui vide l'assemblée des actionnaires individuels, et la prive ainsi de sa diversité¹¹²⁵ ?

557. La troisième résistance est juridique. De nombreux obstacles d'ordre juridique, destinés à sécuriser participation à distance, la compliquent inutilement. Une réflexion s'impose sur la notion d'assemblée générale en tant qu'événement, ainsi que sur le rapport entre l'assemblée en salle et la participation en ligne (Chapitre 1).

Rappelons dès lors que la directive européenne de 2007 déclare dans les motivations liminaires que « les sociétés ne devraient avoir à faire face à aucun obstacle juridique pour proposer à leurs actionnaires des moyens de participation électronique à l'assemblée générale »¹¹²⁶. Le législateur est appelé à faire respecter la volonté des sociétés. Mais quand bien même les sociétés seraient libérées de ces contraintes, les actionnaires sont-ils en mesure d'exiger la faculté de participer par voie électronique à l'assemblée ? Un régime juridique spécial relatif au cyber-actionnaire est-il nécessaire pour lui permettre d'exercer effectivement l'ensemble de ses droits à distance (Chapitre 2) ?

¹¹²³ « Rien de nouveau, en résumé, place de la bourse », conclut X. DUPONT, après avoir présenté la position de la Chambre syndicale des agents de change en 1960 *in*, *Salut la compagnie ! Mémoires d'un agent de change*, Albin Michel, coll. « Mémoires d'entrepreneurs », 2002, p. 54.

¹¹²⁴ Il faut y voir un nouvel indice que l'anonymat de l'actionnaire n'est plus une caractéristique intrinsèque à la société par actions, ce que confirment les articles 3 bis et 3 ter de la proposition de directive modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, 09.04.2014, COM(2014) 213 final, 2014/0121 (COD), p. 18.

¹¹²⁵ La baisse des quorums « représente un signal négatif pour l'actionnariat individuel et, de manière générale, pour les minoritaires », Sénat, Rapport MARINI, *loc. cit.* note 1114.

¹¹²⁶ Cons. n° 9 dir. « actionnaires ».

CHAPITRE 1 - L'ASSEMBLÉE EN SALLE ET LA PARTICIPATION EN LIGNE

558. La relation entre la présence à l'assemblée et l'exercice des droits de l'actionnaire n'est pas une problématique récente. Les questions relatives à l'accès de l'actionnaire à l'assemblée, à sa représentation en séance ou à la transmission de vote par correspondance sont traitées depuis des décennies. Les solutions retenues semblent relativement constantes, en droit français comme en droit allemand. Aussi n'est-il pas surprenant qu'un nouveau type de participation, dont on ne perçoit pas nécessairement l'utilité, fasse l'objet d'une levée de boucliers auprès des différents acteurs de l'assemblée générale des actionnaires.

Il faudra dès lors, d'une part, clarifier la dichotomie entre les concepts de participation à l'assemblée et de présence de l'actionnaire afin d'en dégager le concept de participation à distance (Section 1). Il s'agira de déterminer, d'autre part, si cet attachement à la présence de l'actionnaire doit nécessairement se traduire par une participation en ligne sous la forme d'une visioconférence transmettant son image et sa voix (Section 2).

SECTION 1 - LA PARTICIPATION ET LA REPUTEE PRESENCE DU CYBER-ACTIONNAIRE

559. Les droits français et allemand conjuguent les notions de présence et de participation de l'actionnaire sous plusieurs formes. Il en ressort un nouveau champ lexical légal de l'assemblée générale (§ 1) dont la présentation offrira le recul nécessaire à l'étude du concept d'assemblée dématérialisée (§ 2).

§ 1 - Le champ lexical légal de l'assemblée générale

560. L'acceptation des nouvelles technologies par le droit des sociétés offre de nombreuses pistes de réflexion. Le législateur doit procéder à des choix terminologiques. Il s'agit d'observer si de nouvelles notions s'imbriquent dans des concepts juridiques préexistants ou si elles s'en détachent, créant ainsi de nouveaux régimes juridiques. Alors que la distinction entre présence physique et présence virtuelle n'est pas retenue sous ces termes (I), la lettre de la loi française semble opposer la présence à la participation à distance, sans prendre en compte, contrairement au droit allemand, les différentes implications des notions de présence et de participation (II).

I - Présence physique, présence virtuelle ?

561. Les lois allemande et française ne reconnaissent pas la « présence en ligne » en tant que telle. Les deux articles respectifs permettant la participation à distance en ligne ont pourtant bien mis l'accent sur la « présence » ou non de l'actionnaire. Le droit des sociétés ne conçoit ici la présence que comme présence physique. Sous le régime du droit allemand, les actionnaires peuvent « participer à l'assemblée et exercer leurs droits tout ou en partie par voie électronique, même sans présence au lieu de l'assemblée » (§ 118 I AktG). Sous le régime du droit français, « les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication » ne sont que « réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité » (art. L. 225-107 II C. com.). Cette formulation fait écho à l'article L. 225-98 C. com. soumettant la validité des délibérations des assemblées au respect d'un quorum. Il ne faut pas lui donner plus de significations qu'elle n'en a. Les statuts de certaines sociétés font toutefois l'effort de souligner que les actionnaires votant par correspondance sont assimilés aux actionnaires présents ou représentés¹¹²⁷.

Si les législateurs français et allemand procèdent ici à des choix lexicaux différents, les termes « présence » (*Anwesenheit*) et « participation » (*Teilnahme*) sont également utilisés de manière volontairement distincte.

¹¹²⁷ Cf. Statuts L'Oréal SA, 2010, art. 12 al. 10.

II - Présence et participation, liste de présence et liste des participants

562. En terme général, la distinction entre « être présent » et « participer » semble claire. « Être présent » correspondrait à un état, une situation passive ; seul l'ajout d'un adjectif (présence active, productive, énergique, etc.) peut inverser cette connotation passive. Le verbe transitif « participer » relève de l'action, et non de l'état¹¹²⁸. Pour autant, les langues française et allemande acceptent parfaitement le concept de « participation passive ». L'on constate alors que les termes présence et participation mis côte à côte peuvent décrire une multitude de situations différentes. La retransmission vidéo de l'assemblée et l'accès en ligne aux documents liés à l'assemblée permettent ainsi une participation passive de l'actionnaire à la vie de la société. L'expression « participer » implique au moins cette participation passive, unilatérale, relative au processus d'information de l'actionnaire. Le vote par correspondance permet une participation au vote sans présence, sans pour autant permettre une participation à l'assemblée au sens du droit allemand. Enfin, l'actionnaire présent physiquement à l'assemblée y participe. Qu'il participe aux débats ou non, qu'il vote ou qu'il s'abstienne, l'actionnaire prend bel et bien part à l'assemblée. Force est d'admettre que la participation de l'actionnaire au sens commun comme juridique du terme n'emporte pas nécessairement l'exercice de ses droits. C'est peut-être, au demeurant, la raison pour laquelle les éventuelles incitations financières ou cadeaux offerts par certaines sociétés gratifient plutôt la présence de l'actionnaire que sa participation¹¹²⁹.

563. Cette distinction est soulignée en droit allemand lorsque le § 118 I AktG dispose que les actionnaires peuvent participer à l'assemblée « et » exercer tout ou partie de leurs droits par voie électronique. Avant l'ARUG de 2009, participer à l'assemblée générale impliquait d'être présent physiquement ou représenté par une personne physique¹¹³⁰. Ainsi la participation était assimilée à la présence et à la représentation. Depuis l'autorisation du vote à distance, l'actionnaire peut participer sans être présent ou représenté. Rappelons toutefois que les actionnaires votant par correspondance (*Briefwahl*) sont exclus par le droit allemand de la liste de présence de l'assemblée. Ils ne sont considérés ni comme « présents », ni comme « participants », ni comme « parus à l'assemblée »¹¹³¹. Quoi qu'il en soit, ces actionnaires non inscrits dans la liste de présence représentent une part de capital bien réelle. Cette

¹¹²⁸ Et l'expression allemande « *an etwas aktiv teilnehmen* » le confirme.

¹¹²⁹ V. Glossaire, « Incitations à la présence ou à la participation ? », § 690.

¹¹³⁰ V. *infra*, « L'obligation allemande révolue de présence », § 569.

¹¹³¹ RegE ARUG, « Zur Buchstabe b », BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 27.

participation (financière) leur confère droit de vote à l'assemblée. Aussi le Professeur U. Noack invitait-il, au passage de l'ARUG, à garder en mémoire la différence entre le capital dont la liste de présence fait état et le capital représenté par les votants à distance¹¹³².

564. Parallèlement, les actionnaires participant en ligne en direct (*Online-Teilnahme*) doivent être inscrits sur la liste des actionnaires. Le législateur juge que ces actionnaires « ont paru » à l'assemblée au sens de la loi, mais laisse toutefois dans l'exposé des motifs du projet de loi le terme « *erschienen* » entre guillemets¹¹³³. La doctrine est forcée d'admettre que cela n'a rien d'évident, car ces actionnaires ne sont au sens strict du texte ni présents, ni représentés¹¹³⁴. Ces guillemets trahissent en effet l'abstraction. Ils sont la preuve que le législateur fait le choix d'une interprétation élargie, voire imagée du terme paraître. D'après certains auteurs, une interprétation souple de la notion « *erschienen* » autorise en effet à assimiler la présence physique à la présence perceptible (*wahrnehmbar sein*)¹¹³⁵.

L'expression « *Teilnehmerverzeichnis* » est presque cocasse dans le cadre de cette étude de droit comparé. Si la traduction juridique désigne bien « liste de présence », la traduction littérale parlerait de « liste des participants ». Or la « liste des participants » de droit allemand ne comporte que les noms des actionnaires présents, représentés, ou participants à distance. La distinction juridique n'est dès lors pas fondée sur la présence mais bien sur la notion de participation.

565. Une question intéressante est enfin soulevée par les commentateurs allemands : la participation en ligne d'un actionnaire doit-elle être notifiée sur la feuille présence¹¹³⁶ ? L'ARUG n'a pas modifié le § 129 AktG. Le paragraphe ne fait donc pas allusion à la participation en ligne, alors que le législateur aurait très aisément pu poser cette exigence. Aussi une annotation sur la feuille de présence n'est-elle pas imposée.

¹¹³² U. NOACK, *loc. cit.* note 1081.

¹¹³³ « *Online teilnehmende Aktionäre sind ‚erschienen‘ und zählen zur Präsenz.* » in, RegE ARUG, « Zur Buchstabe a », BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 26.

¹¹³⁴ D. KUBIS, *op. cit.* note 1094, « § 129 AktG », § 22.

¹¹³⁵ W. Pielke fonde cette interprétation sur la définition même du terme « *erschienen* », in *Die virtuelle Hauptversammlung*, Nomos, 2009, p. 90 ; il faut se contenter de cette explication, car la loi allemande reprend cette expression dans d'autres dispositions, notamment dans le § 245 N. 1 AktG relatif à la capacité des « actionnaires présents » à requérir la nullité d'une résolution. À défaut, les actionnaires participant à distance seraient privés de nombreux droits, ce qui n'a jamais été l'intention du législateur.

¹¹³⁶ Cf. D. KUBIS, *op. cit.* note 1094, « § 129 AktG », § 23 ; U. NOACK, *op. cit.* note 1081, p. 2294.

Dans certaines hypothèses, cette annotation, voire une classification des votants selon leur mode de participation, est fortement conseillée¹¹³⁷. Tout d'abord pour des raisons pratiques. La feuille de présence peut servir de document de référence pour le compte des votes. Lorsque la liste de présence sert de support à la détermination du résultat des votes, le Professeur U. Noack conseille à juste titre que le document intègre les informations relatives aux actionnaires votant en ligne en direct, et même de ceux votant à distance. La feuille de présence ne sert pas seulement au calcul des votes, elle est aussi utile à l'actionnaire. Elle lui permet de mesurer le poids de sa position par rapport à celle d'autres actionnaires votant, ainsi que de contrôler la réunion des quorums de participation et/ou de vote.

Sachant que les actionnaires participant en ligne dans le cadre de l'article § 118 I AktG doivent en toute hypothèse avoir accès à la liste de présence, cette dernière jouera certainement à l'avenir un autre rôle : prendre contact et communiquer entre actionnaires avant et pendant l'assemblée¹¹³⁸.

566. Au final, l'on peut dire que le choix d'insister sur la différence entre l'actionnaire présent physiquement et celui participant à distance à l'assemblée ne procède pas uniquement d'une démarche de distinction entre l'ancienne et la nouvelle législation. Le législateur français comme allemand a introduit la participation par voie électronique en refusant les expressions de « présence virtuelle, en ligne ou à distance ». Il faut alors reconnaître l'assimilation de principe par la loi de la présence virtuelle à la présence physique¹¹³⁹ et, parallèlement, une transition de la présence à la participation¹¹⁴⁰.

§ 2 - L'assemblée dématérialisée ?

567. L'assemblée générale est un rite, écrit le Professeur Cozian¹¹⁴¹. Si l'on peut aisément délocaliser un lieu de rite, l'on ne peut s'en priver. Le lieu de rite participe de l'identité du groupe. Aussi l'assemblée générale a-t-elle lieu, en France comme en Allemagne, à défaut de

¹¹³⁷ G. REGER, in T. BÜRGERS, T. KÖRBER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2011, « § 129 », § 26a, p. 1049.

¹¹³⁸ V. *supra*, « Le vote par terminal mobile », § 541.

¹¹³⁹ Cf. Y. GUYON, « Les dispositions du décret du 3 mai 2002 relatives aux assemblées générales d'actionnaires », *Rev. sociétés*, 2002, p. 421.

¹¹⁴⁰ S. Patak estime que le droit suisse - utilisant aussi les deux notions - bénéficierait, pour des raisons de sécurité juridique, d'une uniformisation, et fait le choix du terme « participation » in, *Die virtuelle Generalversammlung im schweizerischen Aktienrecht*, Schulthess, 2005, p. 74.

¹¹⁴¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 26^e éd., 2013, § 718.

toute clause contraire des statuts, au siège social de la société¹¹⁴². Le droit français autorise plus largement et pour des raisons logistiques évidentes tout lieu situé dans le même département. Le droit allemand autorise quant à lui la tenue de l'assemblée dans la même ville allemande que le marché régulé sur lequel les actions de la société émettrice sont négociées¹¹⁴³. Retenons que le lieu de culte n'est pas sacré et que la facilité peut commander d'autres choix.

568. L'espace virtuel ne s'oppose ni à la tenue de rites nouveaux, ni au suivi de rites nés dans l'espace réel. L'apparition des « communautés virtuelles » a emporté son lot de rituels et de codes de conduite sur internet¹¹⁴⁴. En matière d'assemblée générale, l'espace virtuel n'a pas vocation à remplacer l'espace réel. Ces deux espaces sont complémentaires.

Une riche discussion doctrinale fut engagée en Allemagne où une obligation de présence *a priori* physique était imposée jusqu'en 2009 pour participer à l'assemblée (I). La notion de présence étant liée à celle de lieu, il faudra ainsi s'interroger sur ce qu'est susceptible de signifier « le lieu de l'assemblée » (II).

I - La suppression de l'obligation de présence à l'assemblée générale de droit allemand : « *die Präsenzversammlung* »

569. Avant l'ARUG de 2009 autorisant explicitement la participation en ligne des actionnaires, le § 118 I AktG disposait que les actionnaires exercent leurs droits politiques à l'assemblée générale, sauf dispositions légales spéciales. Cette formulation, qui n'a d'ailleurs pas disparu, empêchait le vote par correspondance. Le législateur allemand s'était en effet toujours opposé à l'expression du vote préalablement à la tenue de l'assemblée. Nombre de

¹¹⁴² Art. L. 225-103 V C. com., § 121 Abs. 5 AktG.

¹¹⁴³ Si l'immense majorité des assemblées générales des grandes sociétés françaises ont lieu dans la capitale, tel n'est pas le cas en Allemagne. Notons qu'en 2012, aucune des trente sociétés du DAX n'avait son siège social à Berlin. Rappelons qu'à côté de Francfort-sur-le-Main, il existe en Allemagne sept autres bourses de valeurs mobilières. En cas d'OPA, la loi allemande libère les sociétés des indications géographiques légales comme statutaires : le lieu de l'assemblée générale est libre (§ 16 IV 4 WpÜG). Quant à ladite « clause contraire des statuts », elle permet à une société dont le siège se situe dans une tour de La Défense (Hauts-de-Seine) de tenir son assemblée générale au Palais des Congrès (Paris). En pratique, la décision est laissée par voie statutaire aux dirigeants. Certaines rares sociétés françaises se plaisent ainsi à changer périodiquement de lieu d'assemblée générale afin, certainement, d'aller au contact du plus possible d'actionnaires. C'est le cas par exemple du Crédit agricole, qui s'aventure à un rythme triennal en province.

¹¹⁴⁴ L'espace virtuel oblige tout au plus à quelques adaptations des pratiques. Il est toutefois encore permis de douter de manière générale de la solennité de « rites » dont l'abondance et la jeunesse rendent toute analyse nécessairement superficielle. Le caractère volatil, consumériste et évolutif des comportements des internautes dans leur ensemble est un obstacle à la pérennité de rites ; cf. P. FLICHY, *L'internet imaginaire*, La découverte, 2001.

travaux universitaires cherchèrent la faille pour affirmer la légalité du vote par voie électronique. En vain, puisque aucune société n'a offert cette alternative avant 2010. Les raisonnements n'en sont pas moins intéressants, puisqu'ils proposent une analyse fonctionnelle de l'assemblée générale des actionnaires (A), tout en relevant l'acceptation grandissante des nouvelles technologies par le législateur (B).

A) Critique sur la base de l'analyse fonctionnelle de l'assemblée

570. La doctrine a cherché une solution à l'alternative suivante : la notion d'assemblée générale implique-t-elle la réunion de personnes physiques ou désigne-t-elle un organe, une institution dont la fonction décisionnelle dépasserait toute obligation de présence¹¹⁴⁵ ?

L'interprétation extensive du § 118 I AktG précité s'est concentrée sur la proposition « in ». L'expression « *in der Hauptversammlung* » (à l'assemblée) signifie-t-elle uniquement « au lieu de l'assemblée » ou faut-il plus largement comprendre « pendant l'assemblée » ? Que la préposition puisse être moins une information spatiale que temporelle était largement accepté par la doctrine. L'expression du vote de l'actionnaire doit en effet se faire en considération des discours, débats et prises de décision durant l'assemblée¹¹⁴⁶. L'extension de cette interprétation, qui privilégie la connotation temporelle et non spatiale de la préposition « in », était, quant à elle, avant tout défendue dans les thèses de doctorat¹¹⁴⁷, beaucoup moins par la doctrine établie. Elle consiste à penser que l'actionnaire exerçant son vote en direct par voie électronique, tout en suivant à distance mais en direct la retransmission vidéo de l'assemblée, ne viole pas le § 118 I AktG¹¹⁴⁸. Certains auteurs y ajoutèrent l'obligation de disposer d'une webcam et d'un microphone, afin d'écartier les critiques relatives à l'impossibilité de l'actionnaire de participer aux débats¹¹⁴⁹. Cette obligation était cependant lourde de conséquences d'un point de vue technique et logistique, puisqu'elle aurait imposé à la société la mise en place d'une véritable plate-forme de communication, au-delà de la « simple » retransmission unilatérale. Une telle interprétation, aussi juste soit-elle, rendait toutefois improbable ce type de participation en 2003.

¹¹⁴⁵ Cf. G. SPINDLER, « Internet und Corporate Governance - ein neuer virtueller (T)Raum? », ZGR 2000, p. 420 (433).

¹¹⁴⁶ Cette hypothèse consiste toutefois à considérer que tout exercice politique avant ou après l'assemblée est à exclure du domaine d'application du § 118 I AktG ; U. SCHMITZ, *Der Einfluss neuer Technologien auf die Aktionärsmitverwaltung*, O. Schmidt, 2003, p. 158.

¹¹⁴⁷ Cf. W. PIELKE, *Die virtuelle Hauptversammlung*, Nomos, 2009, p. 89.

¹¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹¹⁴⁹ U. SCHMITZ, *op. cit.* note 1146, p. 159.

B) Critique sur la base de l'interprétation des tendances législatives

571. L'interprétation historique d'une disposition suppose de déterminer la position du législateur dans le contexte de son édicton. Ces informations enrichissent l'interprétation téléologique, destinée à établir le sens et la fonction de la norme, sans la remplacer. Un argumentaire s'arrogeant une certaine autorité en faisant parler le législateur de l'époque afin d'interpréter une situation de fait absolument contemporaine, et qu'il ne pouvait donc pas envisager, est condamné d'avance. L'interprétation téléologique, quant à elle, permet au lecteur de se détacher du contexte original de la norme. Elle tire sa légitimité du simple fait que cette norme doit être appliquée en l'état à des situations pour lesquelles elle n'a pas été prévue.

572. Ni le législateur de 1965, ni *a fortiori* celui de 1937, n'eurent à prendre en considération les futures technologies de communication lors de la rédaction du § 118 I AktG. Sous prétexte que la réforme de 1965 a renforcé les pouvoirs de l'assemblée pour en faire l'instrument protecteur des actionnaires mais sans en préciser la forme à suivre, d'aucuns affirment que cette dernière importait peu au législateur, du moment que la fonction de l'assemblée était respectée. Or il n'échappe à personne que si le législateur ne pouvait connaître d'autres formes d'assemblée que la réunion physique des participants, toute remarque sur ce point aurait été inutile. Aussi ne peut-on pas reprocher au législateur de ne pas avoir légiféré sur la forme de l'assemblée. Affirmer que « le législateur de 1965 aurait vraisemblablement approuvé une assemblée entièrement virtuelle »¹¹⁵⁰ relève moins du discours juridique que de la prosopopée.

573. L'interprétation de l'évolution législative est plus significative. Il s'agit de relever des tendances dans la production législative dans le temps. Ce type de raisonnement n'exclut cependant pas l'interprétation d'un article de loi existant. Pour cela, l'on compare les textes du législateur qui n'avait pas connaissance des technologies modernes de communication, avec ceux du législateur contemporain. Constatant notamment l'autorisation par la *TransPuG* de 2002¹¹⁵¹ de la retransmission vidéo de l'assemblée, de la création du registre électronique du commerce (*Ebanz*)¹¹⁵² ainsi que d'un forum électronique des actionnaires¹¹⁵³, l'on pouvait

¹¹⁵⁰ « *Der historische Gesetzgeber von 1965 stünde einer vollkommen virtuellen Hauptversammlung vermutlich positiv gegenüber.* » in, W. PIELKE, *op. cit.* note 1148, p. 120.

¹¹⁵¹ Art. 1 n° 11 a) *TransPuG*, 19.06.2002, BGBl. I 50, p. 2681.

¹¹⁵² Le § 25 AktG impose la publication des annonces légales sur le registre électronique.

conclure à l'acceptation progressive des nouvelles technologies de communication par le législateur, et ce toujours dans le but d'accroître la protection des actionnaires.

574. L'autorisation explicite, mais limitée à des points précis, de l'utilisation des nouvelles technologies dans les nombreuses réformes du droit des sociétés, conforta cependant la doctrine établie dans son analyse. En dépit de toutes les occasions, le législateur s'est abstenu d'apporter toute précision sur la forme de l'assemblée générale, alors même que la critique grandissait. Il faut toutefois bien noter que le législateur n'a pas seulement autorisé l'utilisation de nouvelles technologies, mais qu'il s'en est servi pour créer de nouveaux dispositifs. Pour d'autres commentateurs, cette appropriation de la technique dans l'intérêt des actionnaires prouvait que le législateur des années 2000 n'était pas opposé à la tenue en ligne des assemblées générales.

575. Ce long débat n'a eu que peu d'influence sur la pratique. Il a cependant certainement influencé la rédaction du nouveau § 118 I AktG, disposant depuis 2009 que les actionnaires peuvent « aussi » exercer leurs droits par voie électronique. En ajoutant cette nouvelle phrase à l'ancienne formulation, le législateur a donné raison à la doctrine établie. Le projet de loi aurait simplement pu, par exemple, s'abstenir d'intervenir sur ce point et déclarer dans l'exposé des motifs de l'ARUG que le droit allemand était en accord avec la directive « actionnaires » sur ce point. Si le législateur est intervenu, c'est bien qu'il considérait que le texte en question n'autorisait pas la participation des actionnaires par voie électronique, et que la présence ou la représentation à l'assemblée était nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire.

II - Le lieu de l'assemblée générale

576. Pour déterminer si « le lieu de l'assemblée » est susceptible d'englober la notion de cyberspace, et si l'assemblée pourrait n'avoir lieu qu'en ligne (C), nous nous aiderons d'une réflexion née autour de la mise en place d'un duplex lors d'assemblées générales des actionnaires (B). Les débats sur le lieu de l'assemblée atteignent déjà en Allemagne des degrés surprenants de technicité, et offrent quelques décisions jurisprudentielles intéressantes relatives à la dite « zone de présence » de l'assemblée (B).

¹¹⁵³ § 127a AktG, *Aktionärsforumsverordnung*, 22.11.2005, BGBl. I, p. 3193.

A) Le duplex

577. Les interrogations *a priori* surannées¹¹⁵⁴ sur la régularité en France du duplex n'apparaissent certes pas fondamentales pour comprendre les dispositifs actuels de participation à distance. Elles accompagnèrent cependant l'acceptation et la généralisation du vote à distance et de l'utilisation des nouvelles technologies. Plus directement, la réflexion sur l'utilisation du duplex a imposé le commentaire juridique de la notion de « lieu de l'assemblée ». Où a lieu l'assemblée générale suivie dans deux salles distinctes grâce à la mise en place d'un duplex ? Quand peut-on considérer les actionnaires placés dans une salle annexe comme présents à l'assemblée ? Doit-on estimer, et si oui, sous quelles conditions, que ces actionnaires participent à distance ?

578. Même le Palais des Congrès parisien et ses 6000 places ne suffisent pas toujours à accueillir les actionnaires souhaitant se présenter à l'assemblée. Des salles dites « de débordement » peuvent alors être prévues. A l'assemblée générale de 2011 d'Air Liquide, par exemple, 700 personnes furent placées dans une salle connexe reliée par visioconférence. Introduisant la séance de questions-réponses, le président-directeur général annonça qu'il passerait aussi la parole à la deuxième salle, mais l'occasion ne se produisit pas. L'utilisation de boîtiers électroniques a permis à tous les actionnaires de voter.

Tel ne fut pas le cas en 1971, alors que la société Rhône-Poulenc¹¹⁵⁵ faisait sensation en organisant un duplex, non dans une salle du même immeuble, mais dans une autre ville. Pendant que l'assemblée se tenait à Paris, 800 actionnaires purent suivre et poser des questions au président du conseil d'administration depuis Lyon. Le dispositif technique se limitait à cette interaction. La liaison duplex soutenue par l'Office de Radiodiffusion-Télévision Française (ORTF) ne permettait pas le vote des actionnaires à Lyon. Le vote par correspondance ne fut introduit qu'en 1983¹¹⁵⁶, le boîtier électronique dans les années 90. Ne restait donc que la possibilité de mandater un actionnaire, ou – moins vraisemblablement – son conjoint, présents à Paris.

¹¹⁵⁴ D'aucuns ayant annoncé un peu tôt que « l'utilisation de la visioconférence mett[ait] fin à cette pratique parce qu'elle produit des effets plus complets en permettant à l'actionnaire de participer aux débats et de voter ». F. MANSUY, « Assemblée générale - Tenue... », *Juriscl. Société Traité*, Fasc. 136-35, cote : 08,2005, 15.04.2005, n° 3 ; v. *infra*, « Les défis de la visioconférence dans la participation aux délibérations », § 591.

¹¹⁵⁵ Aujourd'hui Rhodia S.A. et Sanofi S.A.

¹¹⁵⁶ Insertion de l'article 161-1 dans la loi du 24.07.1966 par l'article 25 de la loi 83-1 du 03.01.1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne, JO 04.01.1983, p. 167.

En 1973, M. J. Burgard considérait ainsi qu'il y avait deux réunions pour un unique lieu d'assemblée. Celle organisée à Paris où le bureau de l'assemblée exerce ses fonctions, se trouve au lieu de l'assemblée. Cette réunion « vaut assemblée », écrivait-il¹¹⁵⁷. *A contrario*, la réunion organisée à Lyon grâce au duplex ne peut être qu'une « réunion d'information ». Selon lui, l'état du droit, en imposant un seul président, un seul bureau et une seule feuille de présence, excluait le « caractère légal d'un duplex ».

579. Une vingtaine d'années plus tard, l'ANSA était amenée à constater l'absence de définition juridique du lieu de l'assemblée, et s'en tenait à l'analyse de M. J. Burgard¹¹⁵⁸. L'association relève que ni les textes réglementaires, ni les convocations aux assemblées n'évoquent la salle de l'assemblée en particulier. La notion de « lieu » se limiterait ainsi à l'indication géographique. D'après elle, les exigences relatives au président, au bureau et à la feuille de présence, « ne sont pas incompatibles avec la tenue de l'assemblée dans diverses pièces d'un même immeuble »¹¹⁵⁹. L'ANSA conditionnait ensuite la régularité d'une assemblée en duplex au respect, d'une part, de l'unicité des débats et, d'autre part, de la police de l'assemblée par le bureau. Soulevant à son tour le risque de défaillance technique de telles installations, l'association refusait de considérer ces conditions remplies si les réunions ont lieu à des adresses différentes.

Les critères posés par l'ANSA trahissent une crainte légitime quant au contrôle de l'assemblée, mais ne font que peu de cas des droits des actionnaires. Le niveau posé d'exigence est en effet relativement faible. Pourquoi ne pas faire de l'expression du vote un critère de régularité de l'assemblée en duplex ? Le vote en direct depuis une salle annexe et le vote en direct par boîtiers électroniques depuis une salle d'un autre immeuble sont deux défis techniques comparables. Les actionnaires qui ne sont pas présents dans la salle principale où siège le bureau de l'assemblée participent à l'AG de manière identique qu'ils soient au 2^e étage du même immeuble ou dans une autre ville. L'on imagine mal au demeurant pour quelles raisons la police de l'assemblée serait mieux assurée devant un écran plutôt qu'un autre.

Les critères définis par l'ANSA d'unicité des débats et de respect de la police de l'assemblée par le bureau sont certes nécessaires mais non suffisants. La distinction entre

¹¹⁵⁷ J. BURGARD, « Les assemblées en duplex », *Rev. sociétés*, 1973, p. 295.

¹¹⁵⁸ ANSA, « Tenue des assemblées dans des pièces distinctes », CJ n° 314 du 02.11.1994, 11-12/1994, n° 2744.

¹¹⁵⁹ *Ibidem*.

simple réunion dite d'information et réunion relevant de l'assemblée peut être gardée¹¹⁶⁰. Le critère fondamental différenciant ces deux types de réunions doit être la capacité pour l'actionnaire à exercer l'ensemble de ses droits en assemblée.

580. Les participants placés dans une salle annexe du même immeuble sont considérés – et non « réputés » – présents. Les actionnaires participant à l'assemblée grâce au duplex dans un autre immeuble seront-ils quant à eux considérés présents à l'assemblée ou seront-ils soumis au régime de la participation à distance ? Il paraît plus probable, en l'état du droit, qu'ils soient assimilés aux actionnaires participant à l'assemblée par des moyens de visioconférence, et qu'ils agissent ainsi dans le cadre d'une participation à distance régie par l'article L. 225-107 II C. com. L'intérêt de ces questions n'est peut-être pas aussi négligeable qu'il le semble. Il y a fort à parier que le développement de l'actionnariat salarié, couplé au phénomène de délocalisation des structures de production – s'ils se confirment – favoriseront le développement de réunions en duplex. Les locaux de production étant rarement à proximité du lieu de l'assemblée, pourquoi ne pas épargner aux salariés à la faible participation dans le capital un voyage disproportionnellement coûteux en leur permettant d'y participer, en groupe, grâce au duplex ?

Le gouvernement allemand justifie dès 2001 la liberté statutaire accordée aux sociétés quant aux exigences de forme de la notification du mandat (§ 134 AktG), par l'éventuelle volonté d'organiser l'assemblée à deux endroits (« certes non juridiquement mais de fait ») par visioconférence en transmettant les résultats d'un vote opéré dans une salle annexe par un groupement d'actionnaires à une personne mandatée les représentant à l'assemblée¹¹⁶¹.

B) La jurisprudence allemande relative au lieu de l'assemblée

581. Dans les assemblées de grande taille, le président de l'assemblée définit et présente explicitement aux participants, en début de séance, une zone dite de présence (*Präsenzbereich*). Cette notion est utilisée par la pratique allemande pour établir la liste de présence. Cette zone peut comprendre, au-delà de l'amphithéâtre, lieu de la réunion, le foyer (boisson et nourriture), les toilettes, la zone fumeur et autres lieux annexes du bâtiment. Elle s'étend aussi et surtout aux salles en duplex¹¹⁶². Constamment confrontées à des actionnaires

¹¹⁶⁰ Et ce même si de telles réunions d'information n'existent plus dans la pratique.

¹¹⁶¹ RegE NaStraG, « Zu § 134 AktG », BT-Drs. 14/4051, p. 15 ; v. *supra*, 485.

¹¹⁶² D. KUBIS, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 3, 3^e éd., 2013, « § 118 AktG », § 70.

procéduriers, les sociétés allemandes doivent peser chaque mot. La notion de « *Präsenzbereich* » fait l'objet de discussions à deux égards : le premier concerne la surveillance de cette zone (1), le second la retransmission effective de l'assemblée dans l'ensemble de cette zone (2). Ces questions ne sont pas sans intérêt pour ce qui a trait à la présence des actionnaires participant à l'assemblée à distance.

1. Le contrôle de la zone de présence

582. En principe, chaque actionnaire quittant la zone de présence doit être rayé de la liste de présence afin de s'assurer du nombre total de voix représentées à l'assemblée, voire, le cas échéant, du respect des quorums légaux ou statutaires. L'enregistrement du nombre de voix sur la liste de présence permet surtout un décompte plus rapide des votes. Comme son nom l'indique, le comptage par soustraction (*Subtraktionsverfahren*) soustrait les votes négatifs du nombre de voix enregistrées dans la liste de présence¹¹⁶³. Il est privilégié dans les grandes sociétés au comptage par addition (*Additionsverfahren*), qui se contente d'additionner les votes positifs et négatifs – les formulaires non rendus étant considérés comme des abstentions, ces dernières ne sont pas comptabilisées¹¹⁶⁴.

C'est pourquoi la presse financière rappelle-t-elle dès lors chaque année aux organisateurs d'assemblées de s'assurer que la zone de présence est contrôlable, en proposant notamment l'utilisation d'une cour intérieure ou d'une salle pour fumeurs¹¹⁶⁵. Les tribunaux ont en effet eu à se prononcer sur ces questions lors d'un recours en annulation de résolutions votées en assemblée, fondé notamment sur le fait que la zone fumeur n'avait pas été assez sécurisée. Des individus avaient quitté la zone par une barrière de chantier ouverte puis étaient revenus par le même chemin. L'OLG de Munich a rejeté le recours au motif que la tenue régulière de la liste de présence n'avait pas été empêchée par les faits rapportés. Ces faits n'avaient, en outre, aucune incidence sur le résultat du vote en raison de la méthode utilisée en l'espèce pour le comptage des votes – à savoir un décompte par addition qui ne découle pas directement du nombre de voix indiquées sur la feuille de présence¹¹⁶⁶.

¹¹⁶³ V. *infra*, § 539.

¹¹⁶⁴ Contrairement au droit français, sous le régime duquel les abstentions sont considérées comme un vote négatif, cf. art. L. 225-107 I al. 2 C. com. ; v. *supra*, « Le vote dans le cadre de la participation en ligne », § 539.

¹¹⁶⁵ Les professionnels des assemblées estiment inconcevable d'élargir la zone de présence au trottoir ou au parking jouxtant le lieu de la réunion afin de permettre aux actionnaires d'aller fumer, comme cela a pu être le cas en pratique ; C. SCHNELL, « Rauchen auf der Hauptversammlung - Qualmende Aktionäre », *handelsblatt.com*, 03.05.2008.

¹¹⁶⁶ OLG München, *Beschl. v. 10.04.2013 – 7 AktG 1/13, NZG 2013*, p. 624.

583. Ces questions sont intéressantes pour l'organisation du vote en direct à distance. Il n'existe pas de zone de présence à proprement parler pour ces actionnaires, qui sont libres d'assister à distance aux discours des dirigeants, de quitter leur ordinateur pendant les débats, puis de revenir devant l'écran au moment du vote. Le participant quittant la plate-forme électronique de vote devra toutefois s'identifier de nouveau sur la plate-forme s'il souhaite formuler, ou modifier, ses instructions de vote. Afin de ne pas confondre les abstentions et l'absence de vote dû à d'éventuels incidents techniques, il serait recommandable de s'assurer de la volonté du participant de quitter la plate-forme. Cela peut se faire soit de manière passive, en l'informant expressément des conséquences de son départ lorsqu'il ferme la page internet ; soit, de manière active, en imposant sa déconnexion par un clic avant que la page ne se ferme.

2. La retransmission de l'assemblée dans la zone de présence

584. D'autres affaires révélatrices de l'esprit procédurier de certains actionnaires ont trait à la retransmission de l'assemblée dans l'ensemble de la zone de présence. L'établissement de la zone de présence permet en principe aux actionnaires de quitter la salle de la réunion, pouvant parfois durer 24h sur deux jours, tout en ayant la possibilité de suivre ce qui s'y passe grâce à des écrans placés dans le foyer, des haut-parleurs dans les cours intérieures et dans le hall d'entrée, voire dans les toilettes.

585. Le *Landgericht* de Munich a donné raison à des plaignants requérant l'annulation de toutes les résolutions prises lors d'une assemblée au motif que l'absence de retransmission de l'assemblée par des haut-parleurs, dans les lieux annoncés comme compris dans la zone de présence, porte atteinte au droit de participation (*Teilnahmerecht*) des actionnaires¹¹⁶⁷. Cette solution a été explicitement rejetée par le *Bundesgerichtshof* en 2013, selon lequel il « n'est pas porté atteinte au droit de participation des actionnaires présents lorsque l'assemblée générale n'est pas retransmise dans d'autres pièces que la salle de la réunion, quand bien même une retransmission dans ladite zone de présence aurait été annoncée. Le droit des sociétés n'exige pas de retransmission dans les halls d'entrée et salles annexes, telles que le foyer, les zones fumeurs, etc. »¹¹⁶⁸. Les motifs avancés sont des motifs de bon sens :

¹¹⁶⁷ LG München I, *Urt. v.* 01.04.2010 – 5 HK O 12554/09, *BB*, n° 19, 2010, p. 1111.

¹¹⁶⁸ BGH, *Beschl. v.* 08.10.2013 – II ZR 329/12 (OLG Frankfurt a. M.) ; M. HÖRETH, « Entwarnung bei der Tonübertragung der Hauptversammlung ? », *AG*, 2014, R7.

l'actionnaire qui sort de la salle de l'assemblée peut constater sans problème que l'assemblée n'est pas retransmise et décider en connaissance de cause de retourner, ou non, dans la salle pour suivre l'assemblée. La Cour fédérale revient d'ailleurs sur la décision précitée du *Landgericht* de Munich pour souligner son isolement dans la jurisprudence et l'écarter sans motivation particulière.

586. Dans l'affaire précitée, l'*Oberlandesgericht* de Munich s'est, en outre, prononcé sur une prétendue violation des droits des actionnaires – relatifs à la participation et à l'information – basée sur la mauvaise acoustique dans les salles annexes. Les juges relèvent que les actionnaires n'ont toutefois pas fait usage de leur droit de poser des questions pour parer à la mauvaise acoustique rapportée¹¹⁶⁹. Le tribunal rejeta dès lors toute violation des droits de l'actionnaire. Une fois encore, ces questions ne sont pas sans intérêt pour ce qui a trait à la participation à distance des actionnaires à l'assemblée, dans l'hypothèse de problèmes sonores lors de la rediffusion en ligne de l'assemblée¹¹⁷⁰.

587. Deux choses doivent ainsi être relevées à ce stade. La première est la liaison entre, d'une part, les questions liées à l'utilisation de technologies en assemblée et, d'autre part, le lieu de la réunion. La seconde est la flexibilité de la notion de lieu de l'assemblée, flexibilité toutefois fortement limitée dans l'intérêt du bon déroulement des assemblées et dans un objectif de sécurité juridique.

C) Le lieu physique et l'assemblée virtuelle

588. La notion d'assemblée, comme celle de rite, est intrinsèquement liée à celle de lieu. Peut-elle seulement s'en libérer ? Les différents dictionnaires français de référence s'accordent à définir une assemblée comme la réunion de personnes en un même lieu. Ainsi que le relève M. J. Burgard, « c'est encore Littré qui, par la sobriété et la concision de ses définitions, laisse le mieux place à l'audio-visuel, à la télévision en circuit fermé »¹¹⁷¹. C'est en effet un des rares dictionnaires qui ne lie pas unité de lieu et assemblée, simplement parce qu'il n'y avait, au XIX^e s., d'autre réunion de personnes imaginable que la réunion physique en un même lieu. La difficulté ne siège pas dans la notion d'assemblée. Une langue évolue en s'adaptant à l'usage qui en est fait. L'on voit ainsi apparaître, dans le monde professionnel

¹¹⁶⁹ OLG München, *Beschl. v. 10. 4. 2013 – 7 AktG 1/13*, NZG 2013, p. 624.

¹¹⁷⁰ V. *supra*, « La retransmission en ligne », § 46.

¹¹⁷¹ J. BURGARD, « Les assemblées en duplex », *Rev. sociétés*, 1973, p. 294.

comme dans le grand public, un faisceau d'expressions impliquant qu'un lieu de réunion n'est pas nécessairement un lieu physique : « réunion en ligne », « conférence web », « assemblée virtuelle ». Nul ne pourra affirmer que les personnes participant à de tels événements ne se réunissent pas, qu'elles ne forment pas un corps réuni pour un motif commun ; qu'elles ne constituent pas, en définitive, une assemblée. L'hypothèse d'une assemblée générale des actionnaires tenue exclusivement en ligne est intéressante pour les sociétés par actions de petite taille dont l'actionnariat est géographiquement dispersé et dont la forme sociale est relativement lourde en formalités. Elle est beaucoup évoquée par la doctrine progressiste allemande, quasiment pas en France¹¹⁷².

589. La barrière, tant linguistique, physique que juridique, tient plutôt dans la notion de lieu. Le lieu de l'assemblée est premièrement une donnée géographique¹¹⁷³. Le « lieu de réunion » doit ainsi être indiqué dans le procès-verbal des délibérations de l'assemblée (a : R. 225-106 C. com.). La loi allemande impose de son côté d'indiquer le lieu de l'assemblée dans la convocation (§ 118 III AktG), ainsi que le lieu des délibérations dans le procès-verbal (§ 130 II AktG). Cela étant, le constat peut être fait qu'il n'existe pas de définition juridique du lieu de l'assemblée, si bien que le Professeur Noack, prédisant le remplacement de la notion de présence par celle de participation, se plaisait à imaginer dès 2001 que le procès-verbal indiquerait peut-être un jour le « *cyberspace* » comme lieu des délibérations¹¹⁷⁴.

590. La dite « *Cyber-Hauptversammlung* » ne semble toutefois pas avoir été retenue par l'ARUG. L'opinion majoritaire juge, à la lecture du nouveau § 118 I AktG, que la présence physique de l'actionnaire, et donc le lieu de l'assemblée, demeurent des variables dont les statuts ne peuvent pas librement disposer¹¹⁷⁵. Même si telle n'était pas l'intention des

¹¹⁷² L'ANSA rapporte que la SEC américaine évoquait dès 1998 la possibilité laissée aux sociétés de tenir leurs assemblées partiellement ou exclusivement en ligne : « *If the company holds its shareholder meeting in whole or in part via electronic media, and the company permits you or your representative to present your proposal via such media, then you may appear through electronic media rather than travelling to the meeting to appear in person.* » in, SEC, « Amendements to Rules on Shareholder Proposals », Release n° 34-40018/21, 05.1998, p. 74, cité par ANSA, « Rapport utilisation des moyens de télétransmission », n° 3019, 1999.

¹¹⁷³ C'est premièrement l'adresse : le 2 place de la porte Maillot, 75017 Paris, ou *Am Messese* 6, 81829 Munich. ; le « lieu » détermine secondement et plus précisément le local : le grand amphithéâtre du Palais des Congrès, le hall B1 du *Internationales Congress Center*.

¹¹⁷⁴ U. NOACK, « Online-Hauptversammlung - Stand der Dinge und wichtige Reformvorschläge », *NZG*, 2001, p. 1063.

¹¹⁷⁵ D. KUBIS, *op. cit.* note 1162, « § 118 AktG », § 17.

rédacteurs de l'ARUG, une assemblée générale tenue exclusivement en ligne ne violerait cependant pas nécessairement le § 118 I AktG¹¹⁷⁶.

L'article L. 225-107 II C. com. français ne s'oppose *a priori* pas à une assemblée uniquement tenue en ligne, si tant est que l'on accepte qu'elle puisse être entièrement constituée d'actionnaires « réputés présents ». Malgré cela, il ressort de ces développements que ce n'est pas tant le lieu de l'assemblée qui a changé que la manière d'y accéder.

SECTION 2 - LA VOIX, L'IMAGE ET LA PARTICIPATION

*« The ultimate possibility of computerized conferencing is to provide a way for human groups to exercise a 'collective intelligence' capacity. »*¹¹⁷⁷

591. La visioconférence fait l'objet d'un paradoxe attristant. Elle est le stéréotype de la prouesse technologique utopiste¹¹⁷⁸ qui ne parviendra pas à s'imposer comme indispensable à tous les niveaux de la vie privée et professionnelle. Le terme de visioconférence n'est pas récent et n'a pas évolué en trente ans. La visioconférence est une « téléconférence permettant, en plus de la transmission de la parole et de documents graphiques, la transmission d'images animées des participants éloignés »¹¹⁷⁹. La notion de téléconférence, qui encadre simplement

¹¹⁷⁶ « Dabei geht es aber nicht um die Einführung der sog. virtuellen Hauptversammlung, also der Versammlung, die in keinem physischen Raum mehr stattfindet und deren Versammlungsort der Cyberspace ist, denn eine Präsenzhauptversammlung ist zunächst immer noch als die Basis gedacht, an der Aktionäre online zugeschaltet teilnehmen. Da theoretisch auch alle Aktionäre zugeschaltet sein können, kommt die Regelung im Ergebnis der „virtuellen Hauptversammlung“ aber nahe. » in, RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 26 ; U. NOACK, « Virtuelle Hauptversammlung », in T. HOEREN, U. SIEBER, B. HOLZNAGEL (dir.), *Handbuch Multimedia-Recht*, C.H. Beck, 2015 (2011), Partie 21.2 ; notamment dans les sociétés non cotées dont l'assemblée générale n'exige pas la présence d'un notaire : U. NOACK, *loc. cit.* note 1081, p 2292.

¹¹⁷⁷ M. TUROFF, « Computerized conferencing : a new medium », *Mosaic*, 01-02.1976, cité par P. FLICHY, *The internet imaginaire*, The MIT Press, 2007 (2001), p. 48.

¹¹⁷⁸ « We believe that [computer conferences] will eventually be as omnipresent as telephone and as revolutionary, in terms of facilitating the growth and emergence of vast networks of geographically dispersed persons who are nevertheless able to work and communicate with one another at no greater cost than if they were located a few blocks from another. » in, S. R. HILTZ, M. TUROFF, *The network nation*, 1978, préface, cité par P. FLICHY, *The internet imaginaire*, The MIT Press, 2007 (2001), p. 48 ; « The internet was presented as helping to recreate a social link and to breathe life into public debate and, more generally, into democratic life. » in, P. FLICHY, à propos de l'ouvrage de H. RHEINGLOD (*The Virtual Community*, MIT Press, 2000), *The internet imaginaire*, The MIT Press, 2007 (2001), p. 90.

¹¹⁷⁹ CGTN, « Services de télécommunication », n° 2.10, JORF 24.06.1982, p. 55982 ; CGTN, *Vocabulaire des techniques de l'information et de la communication*, 2009 (source non vérifiable : JORF 22.09.2000).

l'audioconférence et la visioconférence, désigne la « conférence dans laquelle les interlocuteurs sont répartis dans deux ou plus de deux salles spécialement équipées, reliées entre elles par des moyens de télécommunication »¹¹⁸⁰. Son rôle en droit des sociétés ne doit pas être surestimé. Son impact sur la pratique des assemblées générales d'actionnaires est aujourd'hui nul. Il n'est pas beaucoup plus important en matière de conseil d'administration ou de surveillance.

La technique est pourtant relativement ancienne. Son potentiel était craint avant même que la technique ne soit praticable¹¹⁸¹. Elle a été réinventée grâce à internet, et est aujourd'hui accessible à tout terminal informatique connecté disposant d'une caméra et d'un microphone. En d'autres termes, à n'importe quel ordinateur ou téléphone portable. La visioconférence est donc aujourd'hui accessible au plus grand nombre. Et *a fortiori* aux personnes gérant leur portefeuille de valeurs mobilières en ligne. Elle est l'outil de communication à distance le plus abouti. L'image se substitue à la description écrite et le son apporte son lot d'informations supplémentaires au message transmis. Le son et l'image trahissent l'assurance comme la nervosité, la complaisance comme la colère, l'humour comme la solennité. À la communication orale, la visioconférence ajoute les subtilités du langage corporel, et relaie des informations relatives aux caractéristiques physiques de l'interlocuteur, à son âge comme à ses origines socio-culturelles. Ces informations sont une richesse susceptible d'influencer, plus ou moins consciemment, le sentiment d'approbation ou de rejet envers le contenu des propos tenus¹¹⁸² : que ce soit du côté du bureau de l'assemblée ou du côté des actionnaires. La visioconférence permet donc le dialogue à distance le plus proche de celui ayant lieu en salle. Elle n'a, en théorie, que peu d'inconvénients. Le droit positif n'est cependant pas adapté aux

¹¹⁸⁰ CGTN, JORF 22.03.1994, p. 4351 ; CGTN, *Vocabulaire des techniques de l'information et de la communication*, 2009 ; la première définition donnée par la CGTN ne s'arrêtait pas sur l'équipement : « conférence dans laquelle les interlocuteurs sont répartis dans deux lieux, ou plus, reliés entre eux par des moyens de télécommunication. » in, CGTN, « Services de télécommunication », *ibidem*.

¹¹⁸¹ Treize ans avant le télé-écran du roman *1984* de Georges Orwell, Charlie Chaplin mettait en scène la visioconférence de manière visionnaire dans *Les temps modernes* (1936), en imaginant un chef d'entreprise surveiller son usine et interagir – passer ses ordres et ses nerfs – avec le contremaître par écrans interposés entre le bureau de la direction et la salle de production.

¹¹⁸² « *Virtual communities have several drawbacks in comparison to face-to-face communication, and these disadvantages must be kept in mind if you are to make use of the advantages of these computer mediated discussions. The filtration factor that prevents one from knowing the race or age of a participant also prevents people from communicating the facial expressions, body language, and tone of voice that constitute the 'invisible' but vital component of most face-to-face communications. Irony, sarcasm, compassion, and other subtle but all-important nuances that aren't conveyed in words alone are lost when all you can see of a person is a set of words on a screen. This lack-of-communication bandwidth can lead to misunderstandings, and is one of the reasons that 'flames' or heated diatribes that normally wouldn't crop up often in normal discourse seem to appear with relative frequency in computer conferences.* » in, H. RHEINGOLD, « Virtual communities - exchanging ideas through computer bulletin boards », *Whole Earth Review*, Winter 1987, *Journal of Virtual Worlds Research*, Vol. 1, issue 1, juil. 2008.

défis de la participation en ligne (§ 1). La visioconférence devrait profiter d'un régime qui garantisse la sécurité juridique de l'assemblée générale (§ 2).

§ 1 - Les défis de la visioconférence dans la participation aux délibérations

592. L'article 8 de la directive « actionnaires » évoque l'hypothèse d'une « communication bidirectionnelle en temps réel permettant aux actionnaires de s'adresser à l'assemblée générale à partir d'un lieu éloigné ». La définition est large et non technique. Relevons premièrement que la visioconférence est un moyen de télécommunication parmi d'autres. La distinction opérée en droit français entre les deux à l'article L. 225-107 II C. com. ne sert qu'à imposer à la visioconférence des conditions d'utilisation plus strictes que celles requises pour la participation moins spécifique par des moyens de télécommunication. Secondement, la visioconférence peut avoir lieu par n'importe quel canal, et tout particulièrement par l'intermédiaire d'internet.

593. Le théâtre de l'assemblée générale des actionnaires se prête bien à la visioconférence dans le cadre de délibérations présidées. La réactivité du dialogue qu'offre la visioconférence ne peut certes pas pleinement être exploitée, mais c'est à ce prix que sa qualité pourra être assurée. Les débats en assemblée sont en effet dirigés et les intervenants sont appelés à se manifester avant que la parole ne soit donnée. Mais comme les régimes juridiques relatifs à la visioconférence ne sont pas encore d'une grande aide, les avantages potentiels de cet outil ne suffisent pas à convaincre les sociétés à sauter le pas.

Le régime juridique allemand de la participation en ligne à l'assemblée est si ouvert qu'il n'évoque pas même expressément la faculté pour les actionnaires de participer par visioconférence (I). Les règles gouvernant la visioconférence en droit français sont, quant à elles, un emprunt sans discernement à celles prévues pour les réunions du conseil d'administration ou de surveillance (II).

I - La participation à distance aux débats de droit allemand

594. Une seule société par actions allemande a jusqu'à présent autorisé ses actionnaires à participer aux débats en ligne¹¹⁸³. Il s'agit en l'occurrence d'une société de taille moyenne spécialisée, au demeurant, dans les systèmes de visioconférence. Cette faculté permet de poser des questions par visioconférence durant l'assemblée. La participation en ligne aux débats se résume à l'exercice du droit à la parole et aux renseignements à distance et en direct du § 131 AktG. Cette participation peut être orale (visioconférence au sens strict du terme), mais peut aussi se limiter à la transmission électronique de questions écrites au bureau de l'assemblée durant la séance (*chat*).

595. Pour rappel, le § 118 I AktG dispose, d'une part, que « les actionnaires exercent leurs droits auprès de la société à l'assemblée, sauf disposition légale contraire », mais que, d'autre part, « les statuts peuvent prévoir ou habiliter le directoire à prévoir que les actionnaires [...] peuvent exercer tous ou certains de leurs droits entièrement ou partiellement par voie électronique ». Notons d'abord que toutes les sociétés dont les statuts autorisent une participation électronique habiliter seulement le directoire à déterminer quels droits pourront être exercés à distance. Cet usage de bon sens offre une grande flexibilité à la société dans l'organisation de l'assemblée durant cette période transitoire dans laquelle l'offre de plateformes électroniques de participation est encore faible¹¹⁸⁴.

Relevons ensuite que la distinction entre les droits et leurs modes d'expression est intéressante. D'une part, les sociétés peuvent mettre en place un système de communication permettant aux actionnaires d'exercer tous leurs droits ou seulement certains droits. D'autre part, les sociétés peuvent décider que les droits retenus seront exclusivement ou partiellement exerçables par voie électronique. Cette formulation englobe ainsi toutes les modalités envisageables d'exercice à distance par l'actionnaire de ses droits¹¹⁸⁵. Il s'agit d'encourager les sociétés à choisir les modes de participation à distance qui s'accordent le mieux avec leur culture d'assemblée, avec leurs besoins ou avec les moyens techniques mis à leur disposition.

¹¹⁸³ EquityStory AG, cf. R. SWIERCZ, « Persönlich vor Ort, vertreten oder online - Teilnahmeoptionen im Überblick », *HV-Magazin*, 2013, p. 34.

¹¹⁸⁴ Cf. DAV, « Stellungnahme zum RefE eines ARUG », *NZG*, 2008, p. 534 (535), § 17.

¹¹⁸⁵ « Die Kombination lässt Raum für allerlei kreative Gestaltungen. Hier eröffnet der Gesetzgeber für den Bereich der Online-Teilnahme eine nahezu unbegrenzte Freiheit für Satzung bzw. Vorstand zur vertikalen und horizontalen Differenzierung der Online-Versammlungsrechte. » in, U. NOACK, « Briefwahl und Online-Teilnahme an der Hauptversammlung: der neue § 118 AktG », *WM*, 2009, Heft 49, p. 2292 ; cf. C. WOHLEND, *Die Hauptversammlung im Wandel der Kommunikationsformen*, Thèse, Peter Lang, 2001, p. 135.

Cette formulation autorise que l'exercice du droit à la parole prenne par exemple la forme de questions écrites transmises par voie électronique, en d'autres termes d'un simple *chat*.

La doctrine relève toutefois que les options accordées aux sociétés ne sont pas illimitées, et que le respect de l'égalité de traitement entre actionnaires d'une même catégorie leur impose certaines règles de conduite¹¹⁸⁶. La modulation des modalités de participation n'autorise pas les sociétés à considérer qu'elles ont à faire à de nouvelles sous-catégories d'actionnaires justifiant un traitement différent entre eux.

II - La visioconférence de droit français

596. Comme le craignait le Professeur X. Linant de Bellefonds dès 2002, la visioconférence en assemblée a été insuffisamment pensée¹¹⁸⁷. Selon l'AMF, « l'unicité des débats doit [en tout état de cause] être assurée sur le plan juridique, même si les actionnaires se trouvent physiquement en plusieurs salles ou lieux »¹¹⁸⁸. La validité de la visioconférence doit-elle être analysée sur le critère de l'unicité des débats en assemblée, notamment retenu par la doctrine et par la pratique lors de l'organisation d'un duplex¹¹⁸⁹ ?

L'unicité des débats n'est pas une condition de validité de l'assemblée. Elle constitue un simple objectif, l'enjeu étant de faire participer le plus grand nombre d'actionnaires intéressés par les débats sur la marche de la société. Rappelons que « la discussion en elle-même n'obéit à aucune règle juridique précise »¹¹⁹⁰. La notion d'unicité des débats fait écho aux exigences légales nées d'une série d'interprétations *a contrario* de la loi française. Le Code de commerce n'évoque en effet qu'un seul lieu de réunion, qu'une seule liste de présence et un seul bureau et président de l'assemblée. La participation par visioconférence ne remet pas en question ces « conditions » posées par la doctrine et la pratique dans un autre contexte¹¹⁹¹. Quant à la police de l'assemblée, elle sera toujours assurée par le bureau de l'assemblée. Si

¹¹⁸⁶ C. KERSTING, « Das Auskunftsrecht des Aktionärs bei elektronischer Teilnahme an der Hauptversammlung (§§ 118, 131 AktG) », *NZG*, avr. 2010, p. 131.

¹¹⁸⁷ « Une assemblée générale tenue sous la forme d'une visioconférence vaudra-t-elle présence physique des actionnaires, vote par procuration virtuelle avec système interposé ou vote par correspondance en temps réel ? Sur des points de principe aussi considérables il est à redouter que la réponse du Palais Royal soit en décalage avec les attentes de la société civile, professionnels et juristes spécialisés confondus. » *in*, X. Linant de Bellefonds, « Encore suspendus aux décrets », *Comm. Com. électr.*, n° 3, mars 2002, rep. n° 3.

¹¹⁸⁸ O. POUPART LAFARGE (dir.) de l'AMF, *Les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées*, 07.02.2012, p. 17.

¹¹⁸⁹ *V. supra*, § 579.

¹¹⁹⁰ Y. GUYON, « Assemblées d'actionnaires », *Rép. soc.*, 2002 (déc. 2010), § 165.

¹¹⁹¹ J. BURGARD, « Les assemblées en duplex », *Rev. sociétés*, 1973, p. 295 ; ANSA, « Tenue des assemblées dans des pièces distinctes », *CJ* n° 314 du 02.11.1994, nov. - déc. 1994, n° 2744 ; *v. supra*, « Le duplex », § 579.

des actionnaires se manifestent sur la plate-forme électronique afin de participer activement aux débats par visioconférence, le *back-office* devra se charger d'en notifier le président de l'assemblée, qui reste évidemment responsable du déroulement des débats.

597. Les régimes juridiques français et allemand relatifs à la participation à distance se distinguent sur de nombreux points. Rappelons que le droit français prévoit, par exemple, que les moyens de visioconférence ou de télécommunication utilisés pour participer à l'assemblée à distance en direct transmettent au moins la voix des participants¹¹⁹². Une telle exigence apparaît naturelle en matière de visioconférence, elle est arbitraire en matière de télécommunication. Cette mesure complique inutilement le régime juridique de la participation à distance, mais aussi sa mise en pratique. Il est au demeurant illusoire de penser qu'elle offre une quelconque garantie supplémentaire quant à l'identité du participant. L'on en veut pour preuve le rejet unanime du téléphone comme moyen de communication pour toute forme de participation à distance à l'assemblée¹¹⁹³.

Les dispositions françaises relatives à la visioconférence à l'assemblée générale des actionnaires copient sans discernement celles relatives à la visioconférence au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance¹¹⁹⁴. Ce parallélisme surprenant ne fut qu'une facilité rédactionnelle¹¹⁹⁵. Les réunions du conseil d'administration ou de surveillance ne peuvent pas être mises au même rang que les assemblées générales d'actionnaires, en raison déjà du nombre de participants dans ces deux types de réunion, bien sûr plus élevé en assemblée qu'en réunion du conseil d'administration. En outre, les membres du conseil

¹¹⁹² Art. R. 225-97 C. com.

¹¹⁹³ Sénat, Rapport MARINI, *loc. cit.* note 1114 ; Sénat, Avis HYEST, Commission des lois, amendement n° 108, J.-J. HYEST, Avis n° 10, 2000-2001, 05.10.2000 ; AN, Commission des lois, Avis n° 2309, A. VALLINI, déposé le 30.03.2000.

¹¹⁹⁴ V. Annexe, « Synopsis - Visioconférence », p. 457.

¹¹⁹⁵ Alors même que les débats relatifs à la visioconférence étaient riches en enseignements. Le projet de loi NRE relatif à l'article L. 225-37 C. com. a en effet été amplement amendé. La participation des membres du conseil de surveillance par des moyens modernes de communication supposait, dans le projet de loi, l'autorisation explicite des statuts (sous forme positive). La formule était la suivante : « Si les statuts le prévoient, sont réputés présents... ». Un amendement proposa de laisser la décision au règlement intérieur et non plus aux statuts, auxquels ne fut laissée que la possibilité d'une stipulation restrictive (sous la forme négative actuelle). « Chacun aura compris que cet amendement vise à faciliter la prise de décision par visioconférence », déclarait alors M. Éric Besson pour défendre son amendement devant l'Assemblée nationale (Débats AN, projet de loi NRE, 1^e séance, 27.04.2000, JO 28.04.2000, p. 3400). Plusieurs amendements en première lecture du projet de loi NRE au Sénat proposaient même de ne pas requérir à l'autorisation du règlement intérieur, et de laisser au conseil de surveillance le choix d'utiliser la visioconférence ou non lors de ses réunions : « Nous sommes dans un monde dans lequel les instruments de communication évoluent rapidement et il semble donc plus clair et plus simple d'écrire que le droit commun autorise la visioconférence, sauf si les statuts l'interdisent. Ce dispositif assure au mieux la sécurité juridique »¹¹⁹⁵, arguait ainsi M. Philippe Marini (Sénat, P. MARINI, projet loi NRE, 1^e lect., 12.10.2000, art. 59).

d'administration ont aisément accès à des salles de visioconférence, évidemment mieux équipées que les ordinateurs personnels des actionnaires.

598. Omise par la loi NRE de 2001, la participation par des moyens de télécommunication aux réunions du conseil d'administration ou du conseil de surveillance – présente dès 2001 pour les assemblées générales – n'apparaît que dans loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie. C'est par l'un de ses décrets d'application de 2006¹¹⁹⁶ que la faculté de participer aux réunions du conseil d'administration ou de surveillance par des moyens télécommunication fut précisée : ces moyens doivent depuis transmettre au moins la voix des participants. Parallèlement, le décret a étendu cette condition à la participation par des moyens de télécommunication aux assemblées générales, ainsi qu'on a pu le montrer plus haut¹¹⁹⁷.

La loi du 26 juillet 2005 a de plus introduit une série de mesures que les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance ne peuvent pas prendre par visioconférence ou par des moyens de télécommunication¹¹⁹⁸. Très discutées en pratique, en raison des difficultés juridiques qu'elles présentent, de telles restrictions n'ont heureusement pas été reprises pour les assemblées générales d'actionnaires ; elles auraient définitivement mis fin à tout espoir d'introduction de la participation en direct à l'assemblée par voie électronique.

599. Relevons enfin, à titre de comparaison, une particularité intéressante du droit allemand introduite dès 2002 par la TransPuG, parallèlement à la faculté de retransmission vidéo de l'assemblée sur internet : le § 118 III AktG dispose que les membres du directoire et du conseil de surveillance « doivent en principe » (*sollen*¹¹⁹⁹) participer à l'assemblée

¹¹⁹⁶ À savoir le décret n° 2006-1566 du 11.12.2006, JORF 12.12.2006, p. 18762.

¹¹⁹⁷ V. *supra*, « Le vote en direct par des moyens électroniques de télécommunication », § 532.

¹¹⁹⁸ A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés*, Dalloz commenté, 2015, comm. ss art. L. 225-37 C. com.; ANSA, « Réunions du conseil d'administration ou de surveillance : moyens de visioconférence ou de télécommunication », n° 06-008, 01.02.2006 ; ANSA, « Droit d'opposition des administrateurs à la tenue du conseil par des moyens de télécommunication ou de visioconférence », n° 06-022, 05.04.2006.

¹¹⁹⁹ Le verbe « *sollen* » introduit un « impératif souple ». Si le législateur n'utilise pas l'impératif strict du verbe « *müssen* », c'est d'abord pour des raisons de pure logique. L'impératif est en l'occurrence modéré par l'exception explicitée dans la deuxième phrase, à savoir l'éventualité d'une participation à distance. L'utilisation d'un impératif strict d'une « *Muss-Vorschrift* » ferait ensuite de cette norme une condition de validité de l'assemblée générale. En d'autres termes, la présence des membres du directoire et du conseil de surveillance est fortement recommandée, mais leur absence ne constitue pas une cause de nullité de l'assemblée : « *Soll heißt muss wenn kann* ».

générale des actionnaires, mais que les statuts « peuvent prévoir »¹²⁰⁰ la faculté pour les (seuls) membres du conseil de surveillance d'y participer par visioconférence.

§ 2 - La sécurité juridique et la participation en ligne

600. La participation à distance en direct à l'assemblée fait l'objet de toutes les craintes et résistances. Sauf erreur, aucune société cotée française n'a tenté l'expérience, contre deux en Allemagne¹²⁰¹. Les difficultés susceptibles d'entraver la participation en ligne à l'assemblée sont de deux ordres : elles ont trait à la faculté pour les actionnaires de notifier un incident susceptible de porter atteinte à la sécurité juridique de l'assemblée (I), comme aux obligations du bureau de l'assemblée dans une telle hypothèse (II).

I - L'inscription de contestations au procès-verbal de l'assemblée

601. Le droit allemand confère explicitement à l'actionnaire, qui se voit refuser en assemblée un renseignement au sens du § 131 AktG, le droit d'exiger l'inscription de sa question et la raison du refus d'y répondre au procès-verbal (*Niederschrift* - § 131V AktG). Ce droit, nécessaire à toute action en nullité des délibérations, n'est toutefois pas accordé de manière inconditionnelle. Il n'est, d'une part, pas accordé aux actionnaires votant par correspondance, et doit, d'autre part, être explicitement autorisé pour ceux participant en ligne.

602. En effet, les actionnaires votant à distance par correspondance – préalablement à l'assemblée, voire jusqu'à la fin des débats en assemblée¹²⁰² – ne sont pas considérés comme participant à l'assemblée¹²⁰³. Cette qualification a deux conséquences : ces actionnaires ne

¹²⁰⁰ Notons ici le malaise du législateur allemand quant au vocabulaire relatif à la participation à distance. D'un côté, les membres de la direction « doivent en principe » participer à l'assemblée (§ 118 III 1 AktG), de l'autre, les statuts « peuvent toutefois » prévoir une participation des membres du conseil de surveillance par visioconférence (§ 118 III 2 AktG). La distinction opérée dans les deux phrases est une opposition, alors qu'il y est toujours et uniquement question de participation (« *teilnehmen / Teilnahme* »). L'objet de la seconde phrase est présenté comme une exception à la participation à l'assemblée, alors qu'il ne s'agit que d'une modalité différente de participation. Le législateur oppose ainsi encore maladroitement la présence à l'assemblée et la participation à distance.

¹²⁰¹ München Rück AG et SAP AG.

¹²⁰² V. *supra*, § 370.

¹²⁰³ V. *supra*, § 563.

sont pas inscrits sur la liste de présence et n'ont par conséquent pas le droit de requérir l'inscription de contestations au protocole¹²⁰⁴.

A contrario, les actionnaires participant en ligne dans le cadre du § 118 I AktG sont inscrits dans la liste de présence et bénéficient *a priori* pleinement du droit d'exiger l'inscription d'une contestation au procès-verbal. Afin d'accompagner la transition vers une généralisation de la participation en ligne des actionnaires à l'assemblée générale, le droit allemand autorise cependant les sociétés à moduler le degré d'intégration de l'actionnaire participant à distance. Jusqu'à présent, les sociétés allemandes refusent aux actionnaires participant à distance le droit d'inscrire des contestations au protocole de l'assemblée¹²⁰⁵. Ce refus peut être exprimé de manière tacite si tant est que la convocation énumère clairement et exhaustivement les droits pouvant être exercés en ligne dans le cadre de la participation à distance à l'assemblée¹²⁰⁶. En pratique, les convocations précisent, le cas échéant, que l'exercice de droits allant au-delà du vote et de la consultation de la liste de présence n'est pas permis pour des raisons techniques et d'organisation¹²⁰⁷.

603. Les actionnaires de sociétés françaises participant par visioconférence ayant été empêchés de poser leurs questions devraient, dans l'avenir, avoir la faculté de requérir par voie électronique l'inscription de ce fait au procès-verbal de l'assemblée¹²⁰⁸. L'article L. 224-114 C. com. dispose que les délibérations de l'assemblée peuvent être annulées en cas de non-respect de l'obligation de tenue d'un « procès-verbal dont les mentions sont déterminées par décret en Conseil d'État ». L'article R. 225-106 C. com. oblige ainsi à formuler un « résumé des débats » dans le procès-verbal de l'assemblée. L'inscription de plaintes au procès-verbal

¹²⁰⁴ RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 27 ; U. NOACK, *loc. cit.* note (2291).

¹²⁰⁵ Il s'agit, selon certains, de ne pas offrir aux actionnaires procéduriers un terrain nouveau d'attaque, cf. M. ARNOLD *et al.*, « Aktuelle Fragen bei der Durchführung der Hauptversammlung », AG, 2011, p. 356 ; D. BESSE, « Online-Hauptversammlung und Versammlungsleitung », *HV-Magazin*, 2012, p. 14.

¹²⁰⁶ Une discussion s'était ouverte sur l'éventuelle nécessité de préciser que ce droit de contestation est effectivement rejeté ; cf. C. KERSTING, M. FEICHT, « Online Fragen stellen während der HV - Zukunftsmusik oder interessante Option für kommende Versammlungen », *HV-Magazin*, 2011, p. 22 ; C. KERSTING, *op. cit.* note 1186, p. 130 ; M. ARNOLD *et al.*, *idem*, p. 360.

¹²⁰⁷ « Im Wege der Online-Teilnahme können die Teilnehmer die gesamte Hauptversammlung in Bild und Ton über das Internet verfolgen, ihre Stimmen in Echtzeit abgeben und elektronisch das Teilnehmerverzeichnis der Hauptversammlung einsehen. Möchte ein Teilnehmer seine Online-Zuschaltung noch vor den Abstimmungen beenden, so kann er die Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft zur weisungsgebundenen Ausübung seiner Stimmrechte bevollmächtigen. Eine darüber hinausgehende Ausübung von Teilnehmerrechten im Wege der elektronischen Kommunikation ist aus technischen und organisatorischen Gründen nicht möglich. » in, München Rück, Convocation à l'assemblée générale des actionnaires 2014, 21.03.2014.

¹²⁰⁸ Mais cela est-il seulement possible, notamment en cas de problème de connexion avec le bureau de l'assemblée ?

ne semble toutefois pas être une condition formelle d'admission des requêtes devant les tribunaux en annulation des résolutions prises en assemblée.

Notons que les constats réalisés par les huissiers sur internet sont en constante augmentation¹²⁰⁹. Ils peuvent être d'une grande aide pour établir la preuve que le système technique est défaillant. Un tel constat n'est toutefois pas envisageable pour les « petits porteurs », pour des raisons de coûts et d'organisation. Il semble dès lors plutôt incomber au bureau de l'assemblée ou au notaire présent en salle d'assurer la continuité des débats tenus par visioconférence, au même titre que pour les débats en salle.

II - La diligence du bureau de l'assemblée

604. Le législateur allemand a fait le choix d'exclure les actions en annulation des résolutions votées en assemblée sur le fondement de la violation de droits exercés dans le cadre du § 118 I 2 et II AktG causée par une défaillance technique (*technische Störung* - § 243 III n° 1 AktG). En d'autres termes, les résolutions votées alors que des participants en ligne ont été empêchés d'exercer leurs droits en direct pour des raisons d'ordre technique ne peuvent pas être attaquées pour cette raison. Le droit allemand choisit délibérément de faciliter l'introduction en pratique de la participation en ligne en balayant l'insécurité juridique résultant des risques de défaillance technique de la plate-forme. Cela vaut tant pour d'éventuelles attaques informatiques, que pour des pannes de serveurs ou des coupures électriques¹²¹⁰.

Le § 243 III n° 1 AktG ne libère cependant le directoire que pour les incidents techniques dont il n'est pas responsable : l'exception ne vaut en effet pas en cas de négligence grossière ou volontaire. Les statuts sont de plus autorisés à poser des exigences de diligence plus importantes.

605. Ce cadre juridique s'accorde bien avec le § 93 AktG imposant, de manière générale, un devoir de diligence aux membres du directoire dans la direction de la société. L'exposé des motifs du projet de loi de 2009 déclarait ainsi que le directoire doit garantir, dans le cadre de cette obligation de diligence, la sécurité de la participation en ligne et de l'exercice à distance des droits des actionnaires, en s'assurant que les systèmes techniques employés respectent les

¹²⁰⁹ Cf. AFNOR, « Mode opératoire de procès-verbal de constat sur internet effectué par Huissier de justice », norme NF Z67-147, sept. 2010.

¹²¹⁰ C. CONREDER, « Internet in der Hauptversammlung », CR, 2010, R39.

dernières tendances technologiques en la matière (*Stand der Technik*)¹²¹¹. La violation de cette obligation de diligence emporte la responsabilité personnelle du membre du directoire et ouvre théoriquement la voie au versement de dommages et intérêts.

Le danger le plus souvent cité consiste à ne pas décrire de manière suffisamment exhaustive la procédure à suivre pour participer en ligne dans la convocation, ainsi que l'impose le § 121 III 3 AktG. La doctrine conseille d'une voix, au regard des attaques procédurières répétées quant à cette obligation, de ne pas permettre de participation aux débats, voire même de participation en ligne quand on s'attend à une assemblée houleuse¹²¹².

606. Contrairement au droit allemand, le droit français ne protège pas réellement la société en cas de difficultés survenant lors d'une participation en direct par visioconférence ou par des moyens de télécommunication. L'article R. 225-99 C. com. déclare simplement que « le procès-verbal des délibérations [...] fait état de la survenance éventuelle d'un incident technique relatif à la visioconférence ou à la télécommunication électronique lorsqu'il a perturbé le déroulement de l'assemblée ». Cette inscription au procès-verbal est certes la condition d'une action en justice des actionnaires lésés, mais elle est opérée de manière unilatérale par le bureau de l'assemblée. En cas de défaillance du système de communication, l'ANSA recommandait dans l'hypothèse d'un duplex, déjà qualifiée de « pratique délicate », « de suspendre la séance jusqu'au rétablissement de ce système »¹²¹³. La participation en ligne n'étant pas proposée par la pratique française, et de manière très limitée en Allemagne, la démarche à suivre en cas de défaillance technique n'a jamais clairement été discutée par la doctrine. Il en résulte une importante insécurité juridique quant à la validité de résolutions votées alors que des actionnaires participant à distance ont été empêchés dans l'exercice de leurs droits. Une suspension de séance afin de rétablir à liaison avec certains actionnaires est parfaitement envisageable. Il faudra, en toute hypothèse, faire la part des choses entre les ruptures de communication dues à une défaillance du prestataire technique, et des problèmes de connexion pouvant être attribué à l'actionnaire.

¹²¹¹ « *Der Vorstand hat unter Beachtung und als Ausprägung der allgemeinen Sorgfaltspflicht nach § 93 AktG der Online-teilnahme und Onlineausübung von Rechten von Aktionären an der Versammlung sowie bei allen in diesem Gesetz vorgesehenen Mitteilungen, Bekanntmachungen und Veröffentlichungen und bei der Entgegennahme von Anträgen oder Stimmrechtsvollmachten auf elektronischem Wege die Sicherheit der eingesetzten technischen Systeme mit Maßnahmen zu gewähren, die dem jeweiligen Stand der Technik entsprechen.* » in, RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 26.

¹²¹² M. ARNOLD *et al.*, *op. cit.* note 1205, p. 359 ; W. GROBECKER, « Beachtenswertes zur Hauptversammlungssaison », *NZG*, 2010, p. 168.

¹²¹³ ANSA, « Tenue des assemblées dans des pièces distinctes », CJ n° 314 du 02.11.1994, n° 2744.

Il est évident que ce cadre juridique n'encourage pas les sociétés à proposer à leurs actionnaires des services techniques de participation à distance.

CHAPITRE 2 - LES INCOHÉRENCES DU RÉGIME JURIDIQUE DE LA PARTICIPATION EN LIGNE

« Le législateur a-t-il eu conscience de ce qu'il voulait régir exactement ou la technique a-t-elle plus retenu son attention que son application concrète »¹²¹⁴ ?

607. Les rares observateurs prenant le recul nécessaire à l'appréhension du cadre légal de la participation en ligne à l'assemblée générale et donc, par incidence, du régime juridique du cyber-actionnaire, font tous part de leur surprise : « maladroit »¹²¹⁵, « sans se préoccuper de la question juridique »¹²¹⁶, « frilosité du législateur quant à sa volonté de réforme »¹²¹⁷, « base textuelle imprécise »¹²¹⁸, « incertitude considérable [...] nulle part levée dans les textes »¹²¹⁹, « dispositions disparates »¹²²⁰, « le texte ne dit pas clairement quel est son domaine d'application »¹²²¹.

La faculté d'exercer par voie électronique certains droits liés à la participation à l'assemblée est encadrée en France par un régime juridique spécifique fondé sur le point II de l'article L. 225-107 du Code de commerce, tandis que le point I de l'article est consacré au vote par correspondance postale. Par cette opposition, la législateur français légitime un traitement différencié des actionnaires selon leur mode de participation à distance, sans clairement le reconnaître, ni même apparemment le vouloir. La distinction de régimes est cependant marquée par les textes de nature réglementaire, contrairement à l'interprétation

¹²¹⁴ M. GERMAIN, « Technique et droit des sociétés : l'ubiquité des dirigeants et des actionnaires » in, X. LINANT DE BELLEFONDS (X.) (Études), *Droit et technique*, LexisNexis, 2007, p. 210.

¹²¹⁵ M. GERMAIN, « La communication numérique et le vote dans les sociétés » in, *La communication numérique, un droit, des droits*, B. TEYSSIE (dir.), éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 124.

¹²¹⁶ C. DUCOULOUX-FAVARD, « Grandeur et décadence des assemblées générales d'actionnaires » in, *Aspects actuel du droit des affaires*, Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON, Dalloz, 2003, p. 362.

¹²¹⁷ T. ABALLEBA, S. COHEN-SALMON, « Le vote électronique dans les sociétés commerciales : vers une internationalisation du rôle des organes de décisions », *RDAl/IBLJ*, n° 3, 2003, p. 287.

¹²¹⁸ X. LINANT DE BELLEFONDS, « Le vote électronique pour les assemblées d'actionnaires » in, J.-L. AUBERT *et al.*, *Études offertes à Jacques Dupichot : liber amicorum*, E. Bruylant, 2005, p. 317.

¹²¹⁹ *Ibidem.*

¹²²⁰ *Ibid.*

¹²²¹ M. GERMAIN, « Technique et droit des sociétés : l'ubiquité des dirigeants et des actionnaires » in, *loc. cit.* note 1214.

prudente opérée relativement tôt par la doctrine précitée. Les Professeurs X. Linant de Bellefonds et M. Germain estiment en effet que la voie électronique « double simplement le vote traditionnel par correspondance »¹²²², et que la loi NRE de 2001 permet une « transmutation du cadre juridique existant »¹²²³. Selon eux, l'article L. 225-107 II C. com. ne crée pas « une nouvelle catégorie juridique de vote avec son appareil normatif propre »¹²²⁴. Les sociétés ont profité de cette incertitude pour poser leurs propres règles relatives à l'organisation pratique de l'assemblée, et notamment à la participation par voie électronique.

608. L'actionnaire dispose-t-il d'un quelconque rôle dans la fixation des règles relatives à la participation en ligne ? Quelle est la place du cyber-actionnaire dans la société anonyme ? À qui cette distinction de régime profite-t-elle réellement ? Faut-il qu'elle profite à la société ou aux actionnaires pour que la participation à l'assemblée à distance soit facilitée et se développe plus rapidement en pratique ?

La place conférée au cyber-actionnaire dans la société semble lui interdire toute initiative quant aux modalités de la participation par voie électronique (Section 1). Le régime spécial imposé au cyber-actionnaire par le droit positif n'offre en outre pas de réelle plus-value. Ne faudrait-il pas simplement élargir le régime traditionnel de la participation à distance à la voie électronique (Section 2) ?

SECTION 1 - LE CYBER-ACTIONNAIRE DANS LA SOCIÉTÉ ANONYME

609. Comme le souligne le Professeur J. Paillusseau, le rapport Marini de 1996 avait pour objectif principal de « rendre le droit des sociétés plus souple et plus contractuel »¹²²⁵. De ce rapport, M. Paillusseau relève qu'en droit des sociétés commerciales, « la liberté contractuelle signifie donc essentiellement la possibilité pour les associés de choisir les règles relatives à l'organisation interne de la société ». L'esprit du rapport est présent dans la loi NRE de 2001,

¹²²² X. LINANT DE BELLEFONDS, *loc. cit.* note 1218.

¹²²³ M. GERMAIN, « Technique et droit des sociétés : l'ubiquité des dirigeants et des actionnaires » *in, loc. cit.* note 1214.

¹²²⁴ *Ibidem.*

¹²²⁵ J. PAILLUSSEAU, « La modernisation du droit des sociétés commerciales - Une reconception du droit des sociétés commerciales », *D.* 1996, p. 287, § 19.

ainsi que dans ses décrets d'application. L'organisation des assemblées générales, et *a fortiori* leur organisation technique, relève en effet de la liberté statutaire, c'est-à-dire du pouvoir des actionnaires.

Les actionnaires ne semblent cependant pas avoir les moyens d'influer sur les choix opérés au sein de la société quant aux modalités de participation à l'assemblée (§ 1). Les sociétés profitent directement de cette impasse pour fixer des règles de participation susceptibles de porter atteinte au principe d'égalité de traitement entre actionnaires (§ 2).

§ 1 - La liberté de l'actionnaire et le pouvoir des dirigeants quant aux modalités de participation en ligne

610. Alors que les règles relatives à la participation électronique relèvent en principe de la liberté statutaire (I), la décision finale d'autoriser la voie électronique revient systématiquement aux dirigeants de la société (II). Cette solution n'est pourtant prévue ni dans la loi, ni dans les décrets de droit français. De son côté, le droit allemand apparaît plus franc quant à la répartition du pouvoir décisionnel relatif à l'ouverture de la participation en ligne pour une assemblée donnée.

I - Les règles relatives à la participation en ligne

611. Il revient, en règle générale, au conseil d'administration ou au directoire de convoquer l'assemblée générale (art. L. 225-103 I C. com.). La loi remet au décret la tâche de fixer « les formes » de la convocation des assemblées (art. L. 225-104 C. com.). L'article R. 225-66 C. com., de portée impérative¹²²⁶, pose que « l'avis de convocation indique les conditions dans lesquelles les actionnaires peuvent voter par correspondance ». Appartient-il dès lors au directoire ou au conseil d'administration de fixer les conditions et les règles de la participation en ligne ?

612. L'article R. 225-66 C. com. précité est à double tranchant, en raison de la polysémie du terme « condition ». Selon un premier sens courant, les conditions sont les « circonstances

¹²²⁶ Cf. art. R. 225-62 C. com. : « Sous réserve des dispositions des articles R. 225-66 à R. 225-70, les statuts de la société fixent les règles de convocation des assemblées d'actionnaires ».

déterminantes et nécessaires »¹²²⁷. Autrement dit, des critères restrictifs. Un autre sens, tout aussi courant dans la grammaire légale et réglementaire, attribue au terme « condition » le sens de « modalité », de « procédé ». Dans le doute, la préposition accompagnant le nom détermine le sens à donner à l'expression. L'expression « dans ces conditions » ne signifie pas « sous ces conditions », ou « à condition que ». La préposition « dans » indique ici la manière. L'expression « les conditions dans lesquelles » ne signifie donc pas « les conditions sous lesquelles », égale de « les conditions auxquelles ». Le pouvoir réglementaire a bien conscience que lorsqu'il souhaite poser des restrictions ou autoriser quelqu'un à le faire, il doit s'exprimer clairement en ce sens¹²²⁸. En l'occurrence, tel n'est manifestement pas le cas. L'avis de convocation doit simplement décrire la procédure à suivre pour pouvoir voter par correspondance ou par voie électronique, tel que l'impose de manière similaire le § 121 III 2 b AktG. C'est clairement en ce sens que va d'ailleurs la directive « actionnaires » de 2007¹²²⁹.

La phrase étudiée fait partie d'une liste d'obligations relatives au contenu de la convocation à respecter sous la menace de la nullité de l'assemblée¹²³⁰. Cette liste de l'article R. 225-66 C. com. s'inscrit elle-même dans une série d'obligations de publicité dont les objectifs principaux sont la protection des actionnaires minoritaires et le respect de l'égalité entre associés. Ainsi, l'article R. 225-66 C. com. n'autorise aucunement la société à poser de restrictions à l'accès à la procédure de vote par correspondance. La procédure de vote par voie électronique éventuellement prévue par les statuts et mise en place par l'émetteur doit être accessible à tous les actionnaires bénéficiant d'un droit de vote.

613. Aucune restriction d'accès à un mode de vote par correspondance autorisé par les statuts ne peut ainsi être introduite dans le corps de la convocation de l'assemblée. Il en est autrement lorsque la restriction est le fait d'un tiers. Il est en effet fort possible et probable qu'un intermédiaire financier teneur de compte, par exemple, bien que signataire du dispositif *Votaccess*, ne soit pas en mesure, « pour des raisons techniques, de taille ou

¹²²⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011.

¹²²⁸ Nous en voulons pour preuve le « décret n° 81-972 du 21 octobre 1981 fixant les conditions auxquelles sont soumis le marquage, l'acquisition, la détention, le transport et l'emploi des poudres et substances explosives » ; En revanche, et toujours à titre d'exemple, le « décret n°2004-252 du 19 mars 2004 relatif aux conditions dans lesquelles les docteurs en médecine peuvent obtenir une qualification de spécialiste » ne pose pas de restrictions.

¹²²⁹ Art. 5 n° 3 : « Au minimum, la convocation visée au paragraphe 1 : b) contient une description claire et précise des procédures que les actionnaires doivent suivre pour être en mesure de participer et de voter à l'assemblée générale. Cette description inclut des informations concernant : iii) le cas échéant, les procédures permettant de voter par correspondance ou par voie électronique », Directive 2007/36/CE du parlement européen et du conseil du 11.07.2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées.

¹²³⁰ Art. L. 225-104 al. 2 C. com.

d'organisation »¹²³¹, de permettre à son client actionnaire l'accès à la plate-forme pour une assemblée donnée. La convocation devrait en effet préciser que la faculté de voter par voie électronique peut dépendre de la capacité d'organisation des intermédiaires financiers et des prestataires techniques.

II - Les limites de la liberté statutaire

614. Les statuts des grandes sociétés françaises et allemandes n'autorisent en général pas directement la participation par voie électronique des actionnaires aux AG. Si l'autorisation des statuts est nécessaire, la décision finale revient presque toujours au conseil d'administration ou au directoire lors de la convocation. Ce constat donne une illustration intéressante du jeu entre l'esprit de la loi et les transcriptions statutaires. Seuls les statuts de quelques rares sociétés, telles que France Télécom ou EDF, ne laissent en théorie pas le choix aux dirigeants. Les clauses statutaires en question sont pourtant très détaillées¹²³². Reprenant très largement les dispositions réglementaires, elles en oublient apparemment de requérir une autorisation des dirigeants, comme le fait le reste de la pratique. En effet, contrairement au § 118 al. 1 et al. 2 AktG, ni l'article L. 225-107 II du Code de commerce, ni les textes réglementaires français ne font référence au directoire ou au conseil d'administration. La loi allemande dispose quant à elle que « les statuts peuvent prévoir, ou autoriser le directoire à prévoir, que les actionnaires sont autorisés à [...] » participer et à voter à l'assemblée générale par voie électronique.

De son côté, l'article 8 de la directive « actionnaires » de 2007 relatif à la participation électronique aux assemblées n'évoque pas les dirigeants de sociétés. Le n° 2 de l'article dispose que « l'utilisation de moyens électroniques visant à permettre aux actionnaires de participer à l'assemblée générale ne peut être soumise qu'aux exigences et aux contraintes qui sont nécessaires à l'identification des actionnaires et à la sécurité de la communication électronique, et uniquement dans la mesure où elles sont proportionnées à la réalisation de ces objectifs ». Cette mise en garde de la directive s'adresse aux autorités nationales ayant la charge de la transposer, et non aux associés des sociétés anonymes. On ne peut donc interdire

¹²³¹ ANSA, n° 3100, CJ n° 632, 07.11.2001.

¹²³² Alors même que « le 'court' est préférable, ne serait-ce que parce qu'il évite d'avoir à modifier les statuts à chaque modification des textes législatifs ou réglementaires » ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 19^e éd., p. 218 (cf. 26^e éd., § 190) ; A. FAUCHON, P. MERLE, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, Dalloz, Dalloz, 18^e éd., 2015, § 77 ; B. DONDERO, P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^e éd., 2015, § 329 ; v. côté allemand, « Dispositions optionnelles », M. HÖRETH, « Muster Anpassung der Satzung an das ARUG », Corporate, Computershare HV-Services AG, 2009.

aux associés, sur ce fondement, de faire dépendre la participation électronique aux assemblées d'une décision des dirigeants.

615. Mais qu'en est-il du droit allemand autorisant qu'une décision des dirigeants bloque la participation électronique ? Le recours des statuts à la décision finale des dirigeants doit-il être considéré comme un dernier contrôle des exigences et contraintes en question ? Une fois autorisée par les statuts, la participation en ligne ne peut-elle être refusée que si et seulement si la procédure ne permet pas l'identification des actionnaires et la sécurité du vote ? Il semble que tel ne soit pas le cas. Il ne serait pas logique que la pratique allemande soit plus fortement contrainte que la pratique française au motif que la loi allemande autorise explicitement les statuts à ce que la décision finale revienne aux dirigeants. Au final, à l'heure où les piratages informatiques contre les instances étatiques et entreprises privées se multiplient, il sera toujours aisé pour les dirigeants de sociétés d'arguer de l'insécurité des communications électroniques. Le choix législatif allemand est bien celui de la clarté. La loi permet explicitement aux statuts d'habiliter le directoire à décider en considération de la situation de fait au moment de l'assemblée générale. *A contrario*, dans l'hypothèse improbable d'une clause statutaire autorisant la participation électronique sans habilitation du directoire, cette faculté de participer en ligne doit être mise en place par la société.

616. Si la loi française n'autorise pas explicitement les statuts à habiliter les dirigeants à refuser l'application d'une clause statutaire autorisant une participation électronique des actionnaires à l'assemblée, elle ne l'interdit pas non plus¹²³³. L'expression « si les statuts le prévoient » de l'article L. 225-107 II C. com. offre en effet une certaine liberté de rédaction. Pour certains, « il est de la responsabilité du conseil de vérifier ou de faire vérifier que le système mis en place en application de la clause statutaire est bien conçu et viable »¹²³⁴. En toute hypothèse, alors que les statuts des sociétés ont été modifiés pour autoriser la participation électronique aux assemblées, les années passent avant que les dirigeants n'acceptent d'organiser de telles assemblées. Une telle habilitation statutaire n'apparaît toutefois plus nécessaire au regard de la sécurité offerte par la plate-forme de vote *Votaccess*. Les actionnaires sont aujourd'hui en mesure d'affirmer clairement leur confiance dans la

¹²³³ « Les actionnaires peuvent, dans les conditions fixées par les lois et les règlements, adresser leur formule de procuration et de vote par correspondance concernant toute assemblée générale, soit sous forme papier, soit, sur décision du Conseil d'Administration publiée dans l'avis de réunion et l'avis de convocation, par télétransmission. » *in*, ANSA, n° 3058, févr. 2001 ; ANSA, n° 07-004, 2007-I, p. 2.

¹²³⁴ Comm. ss art. R. 225-78 C. com., *Code des sociétés*, Dalloz commenté, 2015.

participation en ligne par une clause statutaire ne reléguant pas la décision finale aux dirigeants. D'autres barrières à l'accès à la participation par voie électronique subsistent toutefois.

§ 2 - L'égalité entre actionnaires face aux modalités de participation

617. En 2012, quatre des cinq émetteurs ayant fait appel aux services de l'entreprise SLIB ont exigé de leurs actionnaires de justifier de la possession d'un certain seuil de capital pour pouvoir voter à distance grâce à la plate-forme *Votaccess*¹²³⁵. Cette exigence fut mentionnée soit directement dans le corps de la convocation de l'assemblée soit, de manière moins ostensible, dans une notice annexe relative à l'utilisation du dispositif. Bien que ce seuil tende à disparaître¹²³⁶, il est probable que la contrainte réapparaisse. Les sociétés souhaitant tester le dispositif technique seront en effet peut-être tentées de limiter le nombre de vote transmis par voie électronique. Si le vote électronique est autorisé par les statuts (art. L. 225-107 II C. com.), il a une valeur juridique égale à celle accordée au vote par correspondance (art. L. 225-107 I C. com.). Toute restriction à l'exercice de ce droit doit dès lors avoir un fondement légal.

Les restrictions posées à certains actionnaires quant aux modalités de participation constituent-elles une barrière à l'accès à l'assemblée (I) ? Le principe d'égalité entre actionnaires, proclamé notamment dans la directive « actionnaires », ne s'oppose-t-il pas à la condition de détention d'un certain nombre d'actions pour autoriser un mode particulier de participation à l'assemblée (II) ?

¹²³⁵ Ce seuil, posé de manière arbitraire, n'était certes – et heureusement – pas posé en pourcentage de capital, mais en nombre d'actions détenues. Ainsi, l'équipe dirigeante de Vivendi requérait-elle la détention d'au moins 700 actions au 16 avril 2012 (la date d'enregistrement, encore à J-3), soit un investissement certes modeste (environ 0,0000543% de la capitalisation boursière) mais somme toute non négligeable de 8850 euros. GDF Suez exigeait la détention de 50 actions, soit une participation de 815 euros au 20 avril 2012. EDF n'ouvrait *Votaccess* qu'aux actionnaires possédant 75 actions, soit une participation de 1150 € au 21 mai 2012. Enfin, Suez environnement exigeait 25 actions, soit une participation de 230 € au 21 mai 2012.

¹²³⁶ Certaines sociétés ont dès 2014 supprimé ce seuil, d'autres ne l'ont jamais imposé : cf. « *Votaccess 2013 - La montée en puissance* », *Amphi AFTI* du 25.06.2013, *Spécial Amphi*, n° 9, août 2013 ; « *Lafarge n'applique aucun seuil pour le vote via VOTACCESS* » ; « *Il faut supprimer toute barrière à l'entrée, et notamment tout seuil. L'existence de seuils engendre des difficultés de communication. Le jour où il n'y aura plus de seuil, il n'y aura plus de problème pour communiquer largement.* » *in*, H. CHEFDEVILLE, *idem*, p. 15.

I - Les modalités de participation et l'accès à l'assemblée

618. Le droit de vote est volontiers sacré « droit fondamental » de l'actionnaire. Il doit, du moins, être considéré d'ordre public. Toute clause statutaire ayant pour effet direct ou indirect de porter atteinte à cette prérogative viole le droit de tout associé de participer aux décisions collectives, consacré à l'article 1844 al. 1^{er} et 4 du Code civil¹²³⁷. Aussi n'est-il pas surprenant que les statuts ne puissent « imposer la détention d'un nombre minimum d'actions pour être admis à l'assemblée »¹²³⁸. Depuis l'abrogation de l'article 165 de la loi du 24 juillet 1966 par la loi NRE de 2001¹²³⁹, ni la loi ni son décret d'application n'autorisent les statuts ou les dirigeants à poser de restrictions à la possibilité de participer à l'assemblée générale des actionnaires, les seules restrictions devant être de nature légale. Or il faut admettre que la restriction étudiée n'empêche pas, dans l'absolu, à l'actionnaire de participer à l'assemblée. Le problème posé concerne en effet moins l'accès à l'assemblée que l'accès à un mode particulier de participation à l'assemblée, qui peut être analysé au regard du principe d'égalité entre actionnaires.

II - La relativité du principe d'égalité entre actionnaires

619. Le « Conseil scientifique *Votaccess* », composé de professionnels des assemblées d'actionnaires et de juristes, s'est prononcé contre une restriction basée sur le critère de détention d'un certain nombre d'actions¹²⁴⁰. Cette restriction n'émane pas non plus d'une recommandation de l'entreprise SLIB¹²⁴¹. La condition a bien été posée unilatéralement par les sociétés anonymes lors de la préparation aux assemblées générales des actionnaires. Le principe d'égalité entre actionnaires s'oppose-t-il à toute discrimination quant à l'accès à certaines modalités de participation à l'assemblée générale fondée sur la détention d'un seuil d'actions ?

¹²³⁷ « Attendu que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions. » *in*, Cass. com., « Château d'Yquem », n° 96-17661, 09.02.1999.

¹²³⁸ Y. de Cordt, *L'égalité entre actionnaires*, Bruylant, 2004, p. 656.

¹²³⁹ Cf. AN, Rapport BESSON, *loc. cit.* 1113 ; AN, Avis VALLINI, *loc. cit.* 1193.

¹²⁴⁰ « Le Conseil scientifique VOTACCESS souhaite vivement que les émetteurs le suppriment dès 2014, ce qui devrait être possible dans la plupart des cas » *in*, J.-P. VALUET, « *Votaccess 2013 - La montée en puissance* », *Amphi AFTI* du 25.06.2013, *Spécial Amphi*, n° 9, août 2013, p. 8.

¹²⁴¹ Financée en proportion du flux des votes, une telle contrainte n'est en effet pas dans l'intérêt de l'entreprise promotrice du projet. La société s'en plaint d'ailleurs : « Pour 2014, notre objectif est d'accélérer le vote électronique pour un nombre croissant d'émetteurs. Nous espérons que les seuils continueront de baisser. » *in*, P. COGNET, « *Votaccess 2013 - La montée en puissance* », *Amphi AFTI*, *idem*, p. 7.

Relevons *a priori* que le principe d'égalité entre actionnaires ne peut être invoqué lorsque la restriction à l'accès à la participation électronique est le fait d'un tiers. Tel est par exemple le cas lorsque lorsqu'un intermédiaire financier n'est pas en mesure, pour des raisons techniques ou d'organisation, de rediriger ses clients actionnaires au porteur vers la plateforme de vote électronique choisie par la société anonyme¹²⁴².

620. Le principe d'égalité entre actionnaires emporte une égalité de traitement. Cette dernière est régulièrement rappelée, de manière ponctuelle, à différents niveaux du droit des sociétés et des marchés financiers. La directive « actionnaires » de 2007 impose que « la société veille à assurer l'égalité de traitement de tous les actionnaires qui se trouvent dans une situation identique en ce qui concerne la participation et l'exercice des droits de vote à l'assemblée générale »¹²⁴³.

Le § 53a de l'*Aktiengesetz* intitulé « *Gleichbehandlung der Aktionäre* »¹²⁴⁴ proclame, non sans un certain sens de la formule ayant inspiré les rédacteurs de la directive européenne, et sans la moindre précision : « *Aktionäre sind unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln* »¹²⁴⁵. D'aucuns estiment de même possible de n'autoriser la participation en ligne qu'aux personnes actionnaires depuis une certaine durée¹²⁴⁶.

En droit français, l'égalité de traitement des actionnaires est, entre autres, une constante des recommandations et principes généraux de L'AMF. L'article L. 433-1 I du Code monétaire et financier relatif aux OPA pose comme objectif au règlement de l'AMF « d'assurer l'égalité des actionnaires et la transparence des marchés ». Le sénateur Philippe Marini écrit ainsi que « l'égalité des actionnaires signifie l'égalité de traitement de tous les actionnaires »¹²⁴⁷. Force est de reconnaître toutefois que le principe d'égalité entres actionnaires ne fait pas l'objet d'une reconnaissance générale, en raison de son caractère

¹²⁴² *Ibidem*, repris dans comm. n° V ss art. L. 225-107 C. com., A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés*, Dalloz commenté, 2015.

¹²⁴³ En son article 4 intitulé « Égalité de traitement des actionnaires » du chapitre II relatif aux assemblées d'actionnaires.

¹²⁴⁴ « Égalité de traitement des actionnaires ».

¹²⁴⁵ « Les actionnaires se trouvant dans des situations égales sont à traiter de manière égale ».

¹²⁴⁶ « *In Betracht kommt sogar die Bestimmung, dass die Online-Rechte erst ab einem Quorum oder einer Haltdauer gelten, also etwa: ein Fragerecht nur für Langzeitaktionäre. Unter dem Aspekt der Gleichbehandlung ist dagegen nichts zu erinnern. Wer alle Rechte wie gehabt wahrnehmen will, muss sich zur HV bemühen ; für die Kür einer Online-Teilnahme 'am Strand' können Satzung bzw. Vorstand die Figuren festlegen.* » in, U. NOACK, *op. cit.* note 1185, p 2293.

¹²⁴⁷ Sénat, Projet de loi relatif aux offres publiques d'acquisition, Rapport n° 20, P. MARINI, Examen des articles, chap. 1^{er}, 13.10.2005 (loi n° 2006-387 du 31.03.2006, JORF n° 78, 01.04.2006, p. 4882).

relatif, comme le relevait déjà le Professeur A. Viandier dans sa thèse sur la notion d'associé¹²⁴⁸.

621. Les droits français comme allemand autorisent des différences de traitement entre actionnaires sur le fondement de différents critères, tels que l'existence de différentes catégories d'actions, la durée de détention d'actions ou la détention d'un certain seuil d'actions.

La relativité du principe d'égalité entres actionnaires peut porter sur les catégories d'actions¹²⁴⁹. La loi autorise en effet à ce que certaines catégories d'actions bénéficient de droits particuliers et soient en contrepartie privées d'autres droits, dont le droit de vote, par exemple, pour ce qui est des actions de préférence de l'article L. 228-11 C. com. Si le « phénomène technologique a un peu dilué les catégories du droit », comme le relevait le Professeur X. Linant de Bellefonds, il n'a toutefois pas d'effets sur les catégories d'actions¹²⁵⁰. Le comité juridique de ANSA s'est donc justement prononcé de manière unanime contre la limitation de l'ouverture du droit de vote électronique à une certaine catégorie d'actions. Une telle barrière serait en effet illicite¹²⁵¹.

Un deuxième critère est celui de la durée de détention. Alors que le droit allemand ne connaît pas le droit de vote double français attribué aux actionnaires détenteurs d'actions au nominatif depuis deux ans, certains auteurs allemands estiment possible de n'autoriser la participation en ligne qu'aux personnes actionnaires depuis une certaine durée¹²⁵². Aucun argument en faveur d'une telle restriction n'est toutefois apporté.

Le troisième critère de distinction est la détention individuelle ou collective d'un seuil d'actions. Les obligations de détention d'un certain nombre d'actions sont protectrices du bon fonctionnement des sociétés. Elles peuvent par exemple s'assurer de la pertinence des requêtes soumises par les actionnaires¹²⁵³. Parallèlement, la détention d'un certain

¹²⁴⁸ A. VIANDIER, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, p. 122.

¹²⁴⁹ Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruylant, 2004, p. 656.

¹²⁵⁰ X. LINANT DE BELLEFONDS, « Le vote électronique pour les assemblées d'actionnaires », in J.-L. AUBERT *et al.*, *Études offertes à Jacques Dupichot : liber amicorum*, E. Bruylant, 2005, p. 316.

¹²⁵¹ ANSA, n° 3100, CJ n° 632, 07.11.2001, point n° 2.

¹²⁵² « *In Betracht kommt sogar die Bestimmung, dass die Online-Rechte erst ab einem Quorum oder einer Haltedauer gelten, also etwa: ein Fragerecht nur für Langzeitaktionäre. Unter dem Aspekt der Gleichbehandlung ist dagegen nichts zu erinnern. Wer alle Rechte wie gehabt wahrnehmen will, muss sich zur HV bemühen ; für die Kür einer Online-Teilnahme 'am Strand' können Satzung bzw. Vorstand die Figuren festlegen.* » in, U. NOACK, *op. cit.* note 1185, p 2293.

¹²⁵³ Ne sont ainsi autorisés à requérir l'inscription à l'ordre du jour de projets de résolution à l'ordre du jour (art. L. 225-105 al. 2 C. com.), ou à demander en référé la tenue d'une expertise de gestion (art. L. 225-231 C. com.), que l'actionnaire ou les actionnaires représentant communément au moins 5 % du capital social.

pourcentage de capital peut justifier l'existence d'obligations à la charge de l'actionnaire, afin de protéger la société et les autres actionnaires d'acquisitions et de prises de contrôle non désirées¹²⁵⁴.

622. Le principe d'égalité n'est en effet pas absolu. Ces discriminations ont toutes une légitimation et poursuivent des objectifs identifiables. En outre, les exigences posées sont de nature légale et doivent être interprétées strictement. Elles ne donnent pas matière à une interprétation par analogie susceptible de plaider pour la régularité de la barrière posée à la participation électronique à l'assemblée générale. Or la restriction étudiée n'est accompagnée d'aucune justification par les sociétés. Elle ne vise aucun objectif apparent qui légitimerait un traitement différencié des actionnaires sur la base du montant de leur participation dans le capital social. *In fine*, aucune norme n'autorise le traitement différencié des actionnaires en matière d'accès aux modalités de vote sur le fondement de la détention d'un certain seuil d'actions.

623. Une partie de la doctrine allemande estime que la condition de détention d'un certain seuil de capital pour participer en ligne dans le cadre du § 118 I AktG ne porte atteinte ni à l'article 4 de la directive « actionnaires », ni à l'obligation d'égalité de traitement entre actionnaires du § 53a AktG¹²⁵⁵. La doctrine estime à juste titre que la discrimination n'est pas opérée au sein d'une même catégorie d'actionnaires. Elle affirme toutefois que la différence de traitement est justifiée car elle a lieu entre les actionnaires présents en salle et ceux désirant participer à distance. Certes, ces deux groupes d'actionnaires n'agissent pas dans le même cadre juridique et ne sont ainsi pas dans une situation identique. Mais le groupe de référence ne devrait pas inclure les actionnaires participant en salle. La distinction en question a bien lieu entre les seuls actionnaires participant à distance étant dans une situation identique. Elle viole ainsi le § 53a AktG.

624. Selon l'ANSA, « l'égalité des actionnaires doit être appréciée au regard de la possibilité d'exercer le droit de vote et non du moyen technique utilisé. En l'occurrence, ce droit n'est aucunement entravé ou violé : tout actionnaire peut voter par correspondance ;

¹²⁵⁴ C'est le cas en matière d'obligation de déclaration de franchissement de seuils (art. L. 233-7 C. com.).

¹²⁵⁵ Contrairement à M. ARNOLD *et al.*, *op. cit.* note 1205, p. 360 ; cf. C. KERSTING, « Das Auskunftsrecht des Aktionärs bei elektronischer Teilnahme an der Hauptversammlung (§§ 118, 131 AktG) », *NZG*, avr. 2010, p. 121 ; v. M. A. BECK, *Die Online-Hauptversammlung nach dem ARUG*, Thèse, 2013, p. 57.

c'est la seule exigence de la loi »¹²⁵⁶. Elle considère que les droits politiques de l'actionnaire sont respectés tant que le vote par correspondance est proposé. Si le traitement différencié entre actionnaires ne doit évidemment pas entraver la loi, il doit *a contrario* avoir un fondement légal, car il est de son essence d'attenter aux intérêts d'une partie des d'actionnaires et/ou d'en privilégier d'autres. Une base légale justifiant une discrimination fait cependant défaut.

Enfin, l'article L. 225-107 II C. com. fonde un régime juridique spécial au vote électronique, se distinguant du vote par correspondance traditionnel du point I du même article. On ne peut arguer du fait que l'actionnaire peut se rabattre sur un mode de participation ayant un autre fondement légal pour interdire arbitrairement à certains actionnaires une modalité de participation à l'assemblée. L'on n'imagine pas, *a contrario*, qu'un vote par correspondance papier puisse être refusé au motif que l'actionnaire peut voter par voie électronique. Si le vote électronique est offert par la société sur le fondement de l'article L. 225-107 II C. com., ni les statuts¹²⁵⁷, ni les dirigeants dans le cadre de la convocation à l'assemblée, ne peuvent poser de restriction à l'accès au vote électronique en l'absence d'une quelconque habilitation légale.

SECTION 2 - LE CYBER-ACTIONNAIRE ET LE DROIT POSITIF

625. Contrairement au droit allemand¹²⁵⁸, le fondement légal de la participation en ligne à l'assemblée n'est pas franchement posé en droit français. Afin de disposer de plus d'informations, « il aurait été, on s'en doute, préférable de traiter de cette irruption des nouvelles technologies dans une réglementation autonome », plutôt que dans une loi si vaste que la loi NRE de 2001, regrette le Professeur M. Germain¹²⁵⁹. Quelques années avant l'édition des décrets pris en considération de la directive « actionnaires » de 2007¹²⁶⁰, le

¹²⁵⁶ ANSA, n° 3100, CJ n° 632, 07.11.2001.

¹²⁵⁷ « Serait fortement douteuse la légalité d'une clause des statuts qui tendrait à réserver la faculté de voter par internet à certains actionnaires. » *in*, A. LIENHARD, « Nouvelles régulations économiques : commentaire du décret n° 2002-803 du 3 mai 2002 », *D.* 2002, p. 1649.

¹²⁵⁸ *V. supra*, § 0

¹²⁵⁹ M. GERMAIN, « La communication numérique et le vote dans les sociétés » *in*, *La communication numérique, un droit, des droits*, B. TEYSSIE (dir.), éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 124.

¹²⁶⁰ D. n° 2011-1473 du 09.11.2011 relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés, JORF n° 261, 10.11.2011, p. 1889 ; D. n° 2010-1619 du 23.12.2010 relatif aux droits des actionnaires de

Professeur X. Linant de Bellefonds proposait de suivre, par prudence et « pour l'heure », une interprétation *a minima* des dispositions relatives à la participation des actionnaires par voie électronique¹²⁶¹. Pour pallier l'expectative¹²⁶², les deux auteurs refusaient de voir dans la création du II de l'article L. 225-107 C. com. le fondement textuel d'un régime spécial à la participation en ligne, qui s'opposerait au point I consacré au vote par correspondance. Le législateur s'est pourtant clairement prononcé contre cette interprétation dans un rapport au nom de la Commission des finances de l'Assemblée nationale : « à la différence des dispositions relatives au vote par correspondance, le présent article vise la participation aux assemblées et non les seules opérations de vote. Il ne se limite pas à une reconnaissance législative de la possibilité du vote électronique, mais ouvre l'utilisation des moyens de télécommunication pour chacune des phases des assemblées, et notamment pour les débats »¹²⁶³.

626. L'article L. 225-107 II C. com. dépasse donc largement son objet apparent, à savoir le calcul du quorum et de la majorité des actionnaires votant par voie électronique, et consacre un régime juridique spécial à la participation en ligne (§ 1). La voie électronique offre les outils nécessaires à une participation de l'actionnaire à distance plus aisée et mieux intégrée. Mais ces outils et ce régime juridique spécial donnent-ils plus de droits à l'actionnaire ? Le régime juridique spécial répond-il aux besoins particuliers de la pratique ? Qu'apporte-t-il de plus par rapport à la « transmutation du cadre juridique existant »¹²⁶⁴ (§ 2) ?

sociétés cotées, JORF n° 299, 26.12.2010, p. 22701 ; D. n° 2010-684 du 23.06.2010 relatif aux droits des actionnaires de sociétés cotées, JORF n° 145, 25.06.2010, p. 11450 ; D. n° 2006-1566 du 11.12.2006 modifiant le décret n° 67-236 du 23.03.1967, JORF n° 287, 12.12.2006, p. 18762.

¹²⁶¹ « Comme les nouvelles dispositions sont disparates et manquent de l'exposé des motifs qui accrédirait une volonté de créer un type de vote juridiquement nouveau, il paraît raisonnable, pour l'heure, d'interpréter ces dispositions *a minima* et de fixer le cadre pour lequel la facilitation de l'informatique est recherchée. » in, X. LINANT DE BELLEFONDS, « Le vote électronique pour les assemblées d'actionnaires », in J.-L. AUBERT *et al.*, *Études offertes à Jacques Dupichot : liber amicorum*, E. Bruylant, 2005, p. 31.

¹²⁶² « L'on pouvait, en effet, se demander au lendemain du texte si la loi [NRE] n'avait pas voulu inventer une modalité électronique spécifique de vote. » M. GERMAIN, *loc. cit.* note 1259 ; « La réponse à ces questions nécessite : - soit de cibler un cadre fonctionnel dans le référentiel juridique existant ; - soit de construire *ex nihilo* une nouvelle catégorie juridique de vote avec son appareil normatif propre. Cette incertitude est considérable ; elle n'est pourtant nulle part levée dans les textes. » X. LINANT DE BELLEFONDS, *loc. cit.* note 1261.

¹²⁶³ AN, Commission des finances, Rapport n° 2327, É. BESSON, déposé le 06.04.2000.

¹²⁶⁴ M. GERMAIN, « Technique et droit des sociétés : l'ubiquité des dirigeants et des actionnaires », in X. LINANT DE BELLEFONDS, *Droit et technique*, LexisNexis, Études à la mémoire du Professeur X. Linant de Bellefonds, 2007, p. 210.

§ 1 - L'élaboration du droit encadrant la participation en ligne

627. Au-delà de la construction en deux points de l'article L. 2205-107 du Code de commerce et du Rapport précité de M. É. Besson¹²⁶⁵, l'existence d'un régime juridique spécial au cyber-actionnaire est amplifiée par deux facteurs. Le premier facteur confortant l'existence d'un régime juridique spécial est la nature supplétive des dispositions relatives à la voie électronique (I). Le second résulte de « cette sorte de délégation législative »¹²⁶⁶ de l'article L. 225-107 II C. com. au pouvoir réglementaire et au Conseil d'État. « Ne peut-il arriver que des textes, tout en ayant un effet, aient un autre effet que celui que leur auteur avait voulu ? s'interrogeait le Doyen Carbonnier. C'est, distinct du problème d'effectivité, le problème de l'incidence. L'incidence est une effectivité qui est, tout de même une ineffectivité ; une retombée de la loi en dehors de la cible »¹²⁶⁷. Le renvoi au pouvoir réglementaire est fortement critiqué pour son caractère général et abstrait (II).

I - La nature supplétive du régime juridique de la participation en ligne

628. Selon le Professeur B. Saintourens, « la répartition effectuée par le législateur entre les règles impératives et les règles supplétives fournit déjà un bon indice des possibilités d'assouplissement des cadres légaux, en reconnaissant ce que la flexibilité doit au principe de la liberté contractuelle »¹²⁶⁸. Cette répartition transcrit en effet les incitations et réserves du législateur quant à l'utilisation des nouvelles technologies en droit des sociétés. La portée prescriptive d'une norme est du reste nécessaire à la compréhension de la réaction de la pratique.

Dans son acception large, le supplétif intègre « le *facultatif*, l'*autorisé*, le *permis* voire le *possible*. Il inclut toute manifestation de volonté pouvant valablement être exprimée et produisant pleinement ses effets »¹²⁶⁹. Or la norme supplétive acceptée peut parfaitement impliquer le respect de tout un pan d'une réglementation. Une réglementation « parallèle », dont la force contraignante résulte du choix du sujet de droit de la voir appliquée. C'est le cas d'une importante partie du droit français des sociétés applicable au cyber-actionnaire, et

¹²⁶⁵ É. BESSON, *loc. cit.* note 1263.

¹²⁶⁶ X. LINANT DE BELLEFONDS, « Encore suspendus aux décrets », *Comm. Com. électr.*, n° 3, mars 2002, rep. n° 3.

¹²⁶⁷ J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 7^e éd., 1992, p. 136.

¹²⁶⁸ B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.*, 4/1987, p. 460.

¹²⁶⁹ L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés*, LGDJ, Thèses, 2003, p. 45.

notamment du droit de participer en ligne aux assemblées générales. En effet, l'article L. 225-107 II C. com. autorisant le vote électronique est introduit par le groupe nominal « si les statuts le prévoient », et conclut par une invitation à se référer aux décrets en Conseil d'État pour respecter les conditions d'application de ce vote. La partie réglementaire en question s'applique par défaut à l'assemblée générale classique mais aussi, « le cas échéant », à la participation électronique. Utilisé à sept reprises, ce groupe nominal introduit ainsi des obligations en cas d'acceptation par les statuts, les dirigeants ou l'actionnaire individuel de l'utilisation d'un moyen électronique de télécommunication.

La création d'une réglementation parallèle applicable à la participation électronique est accentuée par le fait que ce cadre n'est pas déterminé par l'auteur de la loi mais par le pouvoir réglementaire.

II - La « délégation législative » aux décrets en Conseil d'État

629. « Prudence, hâte, paresse ? », n'hésitait pas à s'interroger le Professeur X. Linant de Bellefonds¹²⁷⁰. Le recours au décret en Conseil d'État est ici une marque de prudence. Il permet différentes étapes dans l'application de la loi. Par l'article L. 225-107 II C. com. autorisant la participation des actionnaires à l'assemblée générale par voie électronique, le Gouvernement français ne semble pas réellement répondre à une demande de la pratique, c'est-à-dire des sociétés anonymes, en dépit de la position défendue par l'Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA)¹²⁷¹. Près de 15 ans après la loi NRE, ces sociétés tardent encore à permettre le vote en ligne des actionnaires aux assemblées générales.

Les décrets d'application de la loi NRE ont ainsi, dans un premier temps, posé des conditions strictes à la participation du vote électronique, afin de rassurer les dirigeants quant à la sécurité juridique des dispositifs de vote envisageables. Or l'appropriation par la pratique de dispositions supplétives d'un décret est difficilement prévisible. Elle est évidemment plus aisée à juger *a posteriori*. L'attractivité de ces normes se mesure à l'ampleur de leur réception, de leur pénétration dans la pratique. Comme le souligne le Professeur J. Chevalier, « le pragmatisme entraîne un processus d'adaptation permanente des normes : la régulation

¹²⁷⁰ X. LINANT DE BELLEFONDS, « Encore suspendus aux décrets », *Comm. Com. électr.*, n° 3, mars 2002, rep. n° 3.

¹²⁷¹ « L'ANSA réclame depuis le début des années 2000 un système de vote par internet pour les actionnaires, et selon nous, les conditions juridiques pour un tel projet sont réunies depuis la loi NRE de 2001, rappelle Jean-Paul Valuet, secrétaire général de l'ANSA. » *in*, F. GARROUSTE, « Les actionnaires vont pouvoir voter par internet », *agefi.fr*, 01.10.2009.

implique en effet qu'au vu des résultats enregistrés, des dispositifs de correction soient mis en œuvre pour procéder aux ajustements nécessaires »¹²⁷². En l'occurrence, c'est notamment la correction de décrets relatifs à la signature électronique¹²⁷³ qui a su inciter la pratique, dans un second temps, à développer la plate-forme de vote *Votaccess*, et les sociétés à adopter la participation électronique aux assemblées.

630. Le renvoi de l'article L. 225-107 II C. com. offre au Conseil d'État comme aux ministères concernés une grande liberté de rédaction. Le rapport Marini de 1996 sur la modernisation du droit des sociétés invitait à ce que le droit « contienne, même sur les points relevant de la liberté des parties, un corps de règles complet applicable à défaut d'autre choix »¹²⁷⁴. Non contentes de pousser le code de commerce sur la pente de l'obésité¹²⁷⁵, ces règles supplétives ne sont qu'un mirage de liberté statutaire. Cet ensemble cohérent de droit supplétif rend la pratique dépendante de la sécurité qu'il semble offrir, au point qu'elle oublie la liberté dont elle jouit pour répondre à ses besoins propres.

631. Il appartient en effet à la loi de porter modification du droit matériel des sociétés. Le texte réglementaire évoluant plus rapidement que la loi, il n'est pas étonnant qu'il se libère tôt ou tard des discussions sous-jacentes au texte de loi. La partie réglementaire du Code de commerce pose aujourd'hui un régime juridique relatif à la participation en ligne plus explicite et plus lourd que celui qui ressort des rares débats au Parlement sur la dernière rédaction de l'article L. 225-107 C. com. Au regard de l'évolution française du droit de vote des actionnaires, certains n'hésitent plus à parler de « révolution des sources du droit »¹²⁷⁶. Le législateur ne doit pas laisser au pouvoir réglementaire la place suffisante pour poser des régimes juridiques spéciaux. C'est une des raisons pour lesquelles le Professeur X. Linant de

¹²⁷² « Le 'droit de régulation' se présente ainsi comme un 'droit réflexif', caractérisé par la récursivité. » in, J. CHEVALIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 49-2001, p. 834.

¹²⁷³ V. *supra*, § 179.

¹²⁷⁴ P. MARINI, dans un chapitre intitulé « Un droit plus souple », in *La Modernisation du droit des sociétés : rapport au Premier ministre*, La Documentation Française, 1996, p. 29.

¹²⁷⁵ « Le code de commerce du 18 septembre 2000 : un code 'obèse'. Le code prend de l'ampleur. Il veut presque trop embrasser », déclare J. MONEGER in, « De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de 2000 - Réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification », *RIDE*, 2004/2, p. 186.

¹²⁷⁶ « Il ne fait donc plus de doute aujourd'hui que le droit de vote n'est définitivement plus un attribut attaché indissociablement à la qualité d'actionnaire. Et c'est non la loi, mais une norme de nature réglementaire qui vient le confirmer et l'amplifier. Après la révolution du droit de vote, la révolution des sources du droit adviendrait-elle ? » in, F. BARRIERE, « La dissociation du droit de vote et de la qualité d'actionnaire, confirmation d'une révolution juridique par la voie réglementaire : les record dates », *Bull. Joly Bourse*, n° 2, 01.02.2007, n° 57, p. 279.

Bellefonds appelle justement à ce que le Conseil d'État ne soit pas « détourné de son rôle premier de grand arbitre de la place de l'État dans la société par des invitations répétées à entrer dans le dédale des prescriptions technicoinformatiques »¹²⁷⁷. Logiquement, « on conviendra que le décret d'application [...] doit donc être recentré techniquement sur l'énumération des conditions auxquelles doit satisfaire, pour être valable, un vote par correspondance effectué électroniquement »¹²⁷⁸.

§ 2 - L'abandon du régime spécial relatif au cyber-actionnaire

632. L'acceptation en droit français du vote par correspondance en 1983 créa manifestement un nouveau droit pour l'actionnaire, à savoir celui de voter sans être présent ni représenté à l'assemblée. L'hypothèse du vote par voie électronique introduite en 2001 fut de même présentée comme un nouveau droit, du fait de sa distinction avec la procédure papier connue jusqu'alors¹²⁷⁹. Le droit allemand a quant à lui introduit le vote par correspondance en 2009 et met à égalité l'envoi postal et l'envoi électronique, en distinguant consciemment la forme d'un acte de ses modalités d'envoi¹²⁸⁰. Faut-il dès lors considérer que deux droits distincts ont été créés, un droit de vote par correspondance postale et un droit de vote par correspondance électronique ? N'éclatons-nous pas ce faisant un droit en plusieurs droits dont les régimes s'opposeraient artificiellement (II) ?

La raison pour laquelle de simples avantages conférés par la voie électronique sont présentés par la pratique et par une grande partie de la doctrine comme de nouveaux droits est simple. Elle réside dans le concept idéalisé de « démocratie actionnariale ». Toute nouvelle facilité est en effet présentée comme une avancée « en faveur de la démocratie actionnariale »¹²⁸¹ (I).

¹²⁷⁷ « Si l'on persiste dans cette voie, les observateurs étrangers autorisés continueront à voir une étrangeté française dans cette tendance à s'en remettre au génie administratif pour canaliser l'innovation. » *in*, X. LINANT DE BELLEFONDS, « Encore suspendus aux décrets », *Comm. Com. électr.*, n° 3, mars 2002, rep. n° 3.

¹²⁷⁸ X. LINANT DE BELLEFONDS, « Le vote électronique pour les assemblées d'actionnaires » *in*, J.-L. AUBERT *et al.*, *Études offertes à Jacques Dupichot : liber amicorum*, E. Bruylant, 2005, p. 317.

¹²⁷⁹ *V. supra*, § 377.

¹²⁸⁰ *V. supra*, § 385.

¹²⁸¹ H. LECUYER, « Internet au secours de la démocratie actionnariale », *Comm. Com. électr.*, nov. 2005, comm. 174 ; V. MAGNIER, « Nouvelles mesures en faveur de la démocratie actionnariale dans les sociétés cotées », *Rev. sociétés*, 2011, p. 267, etc.

I - La voie électronique au service de la « démocratie actionnariale » ?

633. Non sans un certain recul et une pointe de provocation, le Professeur Y. Guyon qualifie la société anonyme de démocratie parfaite¹²⁸². L'idée de « démocratie actionnariale » est-elle le bon critère pour évaluer l'opportunité de dispositions spécifiques à la participation des actionnaires par voie électronique à l'assemblée générale ? L'internet participe-t-il, comme beaucoup semblent le penser, à parfaire la répartition des pouvoirs au sein de la société anonyme ?

634. L'expression « démocratie actionnariale » n'est pas nouvelle. Elle illustre tantôt le rapport de force entre l'assemblée générale des actionnaires et les dirigeants de la société anonyme, tantôt le rapport de force entre actionnaires minoritaires et majoritaires au sein d'une société par actions. On la trouve sous toutes les plumes, notamment outre-Rhin (*Aktionärsdemokratie*), outre-Manche et outre-Atlantique (*shareholder democracy*), d'où elle nous vient probablement. L'expression « démocratie actionnariale » est une figure de style¹²⁸³. Un oxymore. La juxtaposition volontaire de termes opposés invite les esprits à réfléchir à la transposition d'un modèle d'organisation dans une sphère pour laquelle il n'a pas été pensé. Des termes opposés, en effet, puisqu'il s'agit de transplanter un régime politique fondé sur un principe d'égalité entre individus (une voix par tête) à un régime de droit privé dans lequel le pouvoir décisionnel est fonction de la portion de capital détenu (une action, une voix – parfois même deux).

635. Un concept s'est vite détaché de la formule, avant de devenir un objectif, une fin en soi. Élevée au rang d'idéal de justice au sein de la société anonyme¹²⁸⁴, la « démocratie actionnariale » est un « néologisme juridique », si tant est que cette expression ait elle-même un sens. Certains entendent sous l'appellation de néologisme juridique des « termes reçus dans la langue populaire mais qui n'avaient pas, jusque-là, été dotés de signification

¹²⁸² Y. GUYON, « La société anonyme, une démocratie parfaite ! » in, *Propos impertinents de droit des affaires - Mélanges en l'honneur de Christian Galvada*, Dalloz, 2001, p. 133.

¹²⁸³ La meilleure manière de démystifier l'expression reste encore de persister à l'employer entre guillemets.

¹²⁸⁴ « La gouvernance est une quête visant à parvenir à la démocratie actionnariale. Les règles qui sont posées permettent de se rapprocher de cet objectif idéal. » in, J.-J. COUSSAIN, entretien tenu par O. DUFOUR, « Gouvernement d'entreprise, le pouvoir rendu aux actionnaires ? », *PA*, n° 127, 27.06.2006, p. 3 ; l'idéal de justice fait en effet l'objet de plusieurs expressions en droit français des sociétés, cf. J. MESTRE, « Le droit français des sociétés devant l'exigence de justice », *Les Cahiers de Droit*, n° 41, 2000, p. 185 ; D. FLORE, *Mehr Aktionärsdemokratie wagen?*, Thèse, Peter Lang, 2011.

juridique »¹²⁸⁵, mais l'on pourrait y ajouter les termes prétendant, par leur simple émergence, à une signification juridique.

La « démocratie actionnariale » tend en effet à s'imposer comme un de ces « concepts émergents » du droit des sociétés, sur le modèle d'autres concepts tels que la « gouvernance d'entreprise »¹²⁸⁶. Alors que « l'émergence annonce un mouvement de fond dont on voit poindre les premières manifestations avant qu'il soit consolidé », le concept juridique « représente une réalité dont il se distingue en élevant l'observation d'un fait au rang de généralité ou, à l'inverse, il constitue une spéculation intellectuelle dont la vérité positive n'est pas nécessaire à son existence »¹²⁸⁷. Preuve de la vacuité du concept, du moins de sa jeunesse, la « démocratie actionnariale » répond aux deux critères présentés ici comme opposés. D'aucuns voient dans chaque nouveau droit accordé aux actionnaires minoritaires, et tout particulièrement dans chaque nouveau droit de participation par voie électronique, une avancée qualifiée de démocratique¹²⁸⁸. Constatant une répartition plus juste, voire plus égalitaire des pouvoirs au sein de la société, ces auteurs, journalistes comme juristes, participent à la création d'un mythe se détachant de toute réalité. Ce mythe, repris et corrigé, se transforme, dans une seconde phase, en objectif. La notion de « démocratie actionnariale », simple invitation à la réflexion et en ce sens pure spéculation intellectuelle, se suffit alors à elle-même et est souvent invoquée sans recul, comme le relèvent quelques rares auteurs¹²⁸⁹.

636. Le concept est-il juridique ? La notion ne relève pas du droit positif. Elle n'est évoquée, sauf erreur, dans aucun texte juridique officiel européen, allemand ou français. Elle ne relève pas pour autant du « non-droit » décrit par le Doyen Carbonnier¹²⁹⁰, puisqu'elle

¹²⁸⁵ P. LEGRAND, « À propos d'une réflexion sur la comparaison juridique », *RIDC*, vol. 45, 10-12.1993, p. 881.

¹²⁸⁶ Expression tout autant néologique, issue d'un anglicisme, puisque l'on retient en français l'expression de « gouvernement d'entreprise ».

¹²⁸⁷ V.-L. BENABOU, « Le libre » in, E. LE DOLLEY (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2010, p. 57.

¹²⁸⁸ Cf. par ex. : AMF, « Les Entretiens de l'AMF 2004 - Synthèse des débats - Table ronde n° 2 - Comment favoriser la démocratie actionnariale », *amf-france.org*, 29.11.2004 ; H. LECUYER, « Internet au secours de la démocratie actionnariale », *Comm. Com. électr.*, nov. 2005, comm. 174 ; V. MAGNIER, « Nouvelles mesures en faveur de la démocratie actionnariale dans les sociétés cotées », *Rev. sociétés*, 2011, p. 267.

¹²⁸⁹ « La démocratie actionnariale, pour peu que l'expression ait un sens [...] » in, Magnier (V.), « Nouvelles mesures en faveur de la démocratie actionnariale dans les sociétés cotées », *Rev. sociétés*, 2011, p. 267 ; « Même si le concept de démocratie est sans doute utilisé à contre-emploi dans le droit des sociétés, il est utile par analogie et l'idée baigne naturellement l'assemblée générale. » in, M. GERMAIN, « La communication numérique et le vote dans les sociétés » in, *La communication numérique, un droit, des droits*, B. TEYSSIE (dir.), éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 123 ; par son inscription en italique et entre guillemets, cf. N. RONTCHEVSKY, « Un premier pas vers l'exercice effectif des droits des actionnaires de sociétés cotées dans l'ensemble de l'Union européenne », *Rev. Lamy. dr. aff.*, 2007-19 ;

¹²⁹⁰ J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 7^e éd., 1992, p. 23.

prétend coiffer des rapports humains organisés en grande partie, d'une part, par le droit officiel et, d'autre part, par un « sous droit », du droit créé par la société et les actionnaires sur une base *a priori* contractuelle. Si le concept se veut juridique, il est avant tout politique¹²⁹¹. Il n'est question que d'une répartition des pouvoirs tendant à favoriser une juste majorité dans le respect des minorités. Or il y a un antagonisme irréductible et insurmontable entre le fondement égalitaire de l'idée de démocratie et le droit de propriété de l'actionnaire de la société anonyme. D'autres formes sociales se prêtent mieux aux ambitions d'inspiration démocratique¹²⁹².

637. L'internet a de même été idéalisé. On lui confère un pouvoir démocratique qu'il n'a certainement pas. Tout au plus est-il un instrument de contre-pouvoir, ou de « contre-démocratie », comme l'entend le Professeur P. Flichy¹²⁹³. La voie électronique n'a pas non plus modifié les modes de participation traditionnels à l'assemblée générale des actionnaires française. En Allemagne, la communication électronique a certes largement contribué à l'introduction en droit des sociétés du vote par correspondance, rejeté jusqu'en 2009. Ce nouveau mode d'expression du vote n'est toutefois pas compris comme un mode de participation à l'assemblée au sens du droit allemand¹²⁹⁴.

La voie électronique doit être appréciée pour ce qu'elle est, un simple moyen de communication. La participation en ligne, telle qu'appliquée jusqu'à présent, n'est pas une innovation en droit des sociétés mais une facilitation, pour reprendre l'opposition proposée

¹²⁹¹ La démocratie est courtisée. On ne compte plus les épithètes au bras de cette vieille dame. Démocratie mondiale, territoriale, locale, démocratie religieuse, démocratie présidentielle, parlementaire, populaire, démocratie salariale, économique, médiatique, numérique, *et cetera*. On peut classer les concepts en au moins deux catégories. Les premiers ont vocation à s'exprimer dans la sphère publique et étatique. Les seconds illustrent des phénomènes situés dans la sphère privée favorisant la prise en compte des individus – membres d'un groupement donné – dans un processus collectif de décision. Toutes sont fondées sur des considérations politiques de répartition des pouvoirs au sein d'une entité, c'est l'essence même du rapprochement des termes. Cette empathie envers les minoritaires va parfois très loin : « Démocratiser davantage le temps de parole en assemblée », titre ainsi une section du rapport LAFARGE de l'AMF, 2012, p. 16.

¹²⁹² Elles sont généralement contraintes de prendre d'autres forces en considération. L'on y recherchera par exemple la symbiose entre les deux richesses de l'entreprise que sont le capital et le travail, à l'instar de la société coopérative et participative, dont le capital doit être en majorité aux mains des salariés-coopérateurs. Le pouvoir décisionnel à l'assemblée est basé dans cette hypothèse sur le principe égalitaire « une personne, une voix ».

¹²⁹³ En fait, il faut moins considérer Internet comme un dispositif de communication qui renouvelle l'activité politique traditionnelle [...] que comme un outil de cette contre-démocratie analysée par Pierre Rosenvallon. Celle-ci n'est pas l'opposé de la démocratie, mais plutôt 'la démocratie des pouvoirs indirects disséminés dans le corps social, la démocratie de la défiance organisée face à la démocratie de la légitimité électrorale' [P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie - La politique à l'âge de la défiance*, Le Seuil, 2006]. » in, P. FLICHY, « La démocratie 2.0 », *Études*, mai 2010, p. 623.

¹²⁹⁴ V. *supra*, § 563.

par le Professeur X. Linant de Bellefonds¹²⁹⁵. Seule la participation par visioconférence permettra peut-être un jour de porter un autre regard sur les modes de participation à l'assemblée, car elle constituerait une véritable innovation dans la pratique des sociétés anonymes.

II - L'opportunité incertaine d'un régime spécial au cyber-actionnaire

638. L'objectif affiché par toute nouvelle réglementation relative à la participation électronique est de faciliter l'exercice des droits traditionnels de l'actionnaire en période d'assemblée. L'actionnaire se voit à cette fin conférer de « nouveaux droits » impliquant la voie électronique. L'opposition entre un exercice classique et un exercice moderne pour chacun des droits de l'actionnaire est contre-productive. « Les Droits subjectifs qui ont été proclamés de plus haut (*summum jus*) sont ceux qui engendrent la frustration la plus amère (*summa injuria*) »¹²⁹⁶, nous prévenait le Doyen Carbonnier. En effet, « les droits subjectifs ont les faiblesses de leur facilité »¹²⁹⁷.

639. Premièrement, le « foisonnement des droits subjectifs a eu sa part dans le phénomène global de l'inflation du Droit. Non pas simplement par gonflement du volume, mais par agitation, remous du contenu »¹²⁹⁸. Aucun texte juridique ne devrait chercher à marquer explicitement la nouveauté, la différence avec un ancien régime juridique, *a fortiori* dans des domaines d'une certaine technicité dans lesquels toute information superflue est une barrière à l'exercice d'un droit. Ce « remous du contenu » transcrit le droit en discours juridique, alors que chaque nouveau texte doit garantir l'unité et la cohérence du droit positif. La conséquence de cette opposition entre la communication traditionnelle et la voie électronique est la création d'un régime juridique spécifique à cette dernière. Un régime spécifique au cyber-actionnaire est inutile, puisque la voie électronique ne crée pas de mode de participation particulier à l'assemblée mais facilite seulement l'exercice des droits de l'actionnaire.

Secondement, ces nouveaux dispositifs juridiques sont la cause de nombreuses frustrations, poursuit le Doyen Carbonnier. En l'occurrence, les espérances du cyber-

¹²⁹⁵ X. LINANT DE BELLEFONDS, « Le vote électronique pour les assemblées d'actionnaires » in, J.-L. AUBERT *et al.*, *Études offertes à Jacques Dupichot : liber amicorum*, E. Bruylant, 2005, p. 316.

¹²⁹⁶ J. CARBONNIER, « *Summum jus, summa injuria* », *expocujas.univ-paris1.fr*, 1996, transmis par le Professeur G. CARCASSONNE [*expocujas.univ-paris1.fr/Carbonnier/inedit.html*].

¹²⁹⁷ *Ibidem*.

¹²⁹⁸ *Ibid.*

actionnaire ont certes dès le départ été canalisées par un alliage de droit impératif et de droit supplétif. Ainsi, le droit de voter en ligne nécessite une clause statutaire, puis l'approbation du conseil d'administration ou du directoire – alors même que cette dernière condition n'est pas prévue par le droit français, contrairement au droit allemand. La création en droit français d'un catalogue de dispositions relatives à la voie électronique laisse toutefois croire à une évolution de la pratique¹²⁹⁹. Tel n'a longtemps pas été le cas et c'est bien l'assouplissement de ce cadre juridique durant ces quinze dernières années qui a permis à la pratique de s'organiser et de développer ses propres solutions. Il n'a jamais été question d'imposer une participation des actionnaires à l'assemblée par voie électronique. Pour ne serait-ce que la permettre, le droit français doit évoluer. Le législateur doit dépasser les oppositions artificielles et se contenter d'assimiler, en droit des sociétés, la télécommunication aux méthodes traditionnelles de communication¹³⁰⁰, comme c'est en partie le cas en droit allemand.

¹²⁹⁹ Rappelons que l'article R. 226-61 C. com. introduisant la partie réglementaire du Code de commerce est consacré à l'obligation de création d'un site internet lorsque la société prévoit une participation en ligne à l'assemblée.

¹³⁰⁰ V. *supra*, § 383.

Conclusion intermédiaire

640. Le vote électronique de droit français s'est largement inspiré du vote par correspondance permis depuis 1983. Le vote à l'écran n'est qu'un vote pré-assemblée (J-1, 15h), malgré la présence sur le marché d'un outil réunissant presque l'ensemble des acteurs de la place financière parisienne et permettant le vote électronique des actionnaires institutionnels et individuels (*Votaccess*). La participation des actionnaires à l'assemblée par voie électronique est certes clairement autorisée par la loi depuis 2001, ses décrets d'application la rendent toutefois impraticable. Les actionnaires votant à l'écran avant l'assemblée comme ceux participant en ligne sont réputés présents – non à l'assemblée mais – pour le calcul du quorum et de la majorité. Le fondement légal incertain de la participation en ligne à l'assemblée, au sein de l'article L. 225-107 C. com. consacré au seul vote à distance, est une des causes de l'échec du législateur à convaincre la pratique.

La pratique allemande avait de son côté développé un système de vote électronique, pré-assemblée mais aussi en direct, basé sur le dispositif juridique du vote par procuration (*Internet Proxy-voting*). L'introduction en droit allemand du vote par correspondance en 2009 se cala sur cette pratique. À la transmission d'instructions de votes en ligne (vote par procuration) s'ajouta dès lors la faculté de voter directement à l'écran, avant l'assemblée voire pendant, selon le dispositif technique proposé (jusqu'alors) par la société. La participation en ligne est elle aussi expressément reconnue en droit allemand, et permet l'exercice par voie électronique de tout ou partie des droits attachés aux actions durant l'assemblée. Si de rares sociétés proposent déjà à leurs actionnaires une participation effective à l'assemblée (d'un point de vue juridique), leur permettant ainsi entre autre de consulter la liste de présence, elles leur refusent encore le droit de prendre la parole à distance aux débats et de requérir l'inscription de contestations au procès-verbal de l'assemblée.

CONCLUSION

« On a pu dire de la codification (au sens noble) qu'elle était une création en rupture avec le droit antérieur. Elle n'est pas considérée par notre doctrine comme une compilation »¹³⁰¹.

641. Le législateur français a certainement commis une erreur en 2001 : celle de permettre au pouvoir réglementaire de créer en droit des sociétés un régime relatif à l'utilisation de la voie électronique que l'on peut aujourd'hui qualifier de transitoire. Un régime qui compile les décrets dans le temps, un régime qui feint d'être en rupture avec le droit antérieur en lui juxtaposant de nouvelles dispositions. La pratique française a souffert de l'instabilité juridique résultant de cette période, plus encore que des contraintes techniques et d'organisation. C'est en effet la principale raison pour laquelle le vote des actionnaires à l'assemblée générale par voie électronique commence seulement à se développer en France. Paradoxalement, les exigences des professionnels du secteur sont pourtant en grande partie à l'origine de ces corrections et ajouts réglementaires.

Outre-Rhin, la pratique bénéficie d'un cadre juridique n'ayant manifestement pas vocation à évoluer à court terme. L'introduction des nouvelles technologies de communication à l'assemblée générale des actionnaires n'est intervenue en droit allemand, en bloc, qu'en 2009. Il n'y a pas eu de réelle transition entre l'ancien cadre juridique et celui en vigueur aujourd'hui. Le fait est que la participation en ligne en direct à l'assemblée, techniquement et juridiquement plus exigeante, fait ses premiers pas côté allemand, et qu'elle est inexistante côté français.

642. La place de la voie électronique en droit français des sociétés anonymes est ambiguë. À aucun moment le droit français n'autorise les sociétés à limiter la communication avec les actionnaires à la voie électronique, contrairement au droit allemand. Si le recours à la voie

¹³⁰¹ Y. CHAPUT, « La communication par codes du droit des affaires » in, *L'avenir du droit*, Mélanges en l'hommage à François TERRE, PUF, 1999, p. 256.

électronique est parfois à l'avantage de la société, notamment en matière d'information des actionnaires, il est majoritairement pensé en faveur de ces derniers. Cette évolution positive doit être poursuivie. Il n'est plus aujourd'hui question d'autoriser les actionnaires et la société à utiliser la voie électronique ; il s'agit de simplifier le cadre juridique relatif à l'utilisation d'internet en période d'assemblée. Une solution s'impose : l'assimilation de la voie électronique à la voie postale, de même que l'assimilation de la participation électronique à la participation en salle. Les spécificités de la communication électronique peuvent être prises en compte, par voie réglementaire mais surtout par voie statutaire, sans qu'il soit nécessaire d'opposer deux modèles. La distinction opérée en droit français incite les sociétés à un traitement différencié non justifié des actionnaires dans l'exercice de leurs droits.

643. Seule la pleine participation des actionnaires à l'assemblée générale par visioconférence pourrait – sans que cela soit nécessaire – continuer à faire l'objet d'un régime juridique particulier. Cette initiative, tentée par une société allemande spécialisée dans les systèmes de visioconférence, doit faire l'objet en France d'un encadrement plus simple et plus souple. La visioconférence est intéressante pour les petites structures qui se développent rapidement, qui sont potentiellement hautement valorisées et à la recherche de capitaux étrangers. Afin de ne pas limiter le champ d'application de la loi aux seules technologies connues, il faut légiférer en prévision de l'innovation et de l'évolution probable des besoins des sociétés anonymes, et notamment de celles au nombre d'actionnaires limité. Le législateur français choisit ainsi à juste titre d'utiliser la notion souple de « moyens de télécommunication », tout en évoquant l'hypothèse particulière de la visioconférence. Il serait parfaitement pertinent de s'en remettre, de manière encore plus générale, au respect des dernières tendances technologiques dans un domaine donné (*Stand der Technik*), comme le législateur allemand le recommande dans l'exposé des motifs de la loi ARUG¹³⁰².

644. L'assimilation de la communication et de la participation par voie électronique ne devrait pas se limiter au droit de la société anonyme objet de cette étude, mais s'étendre à l'ensemble du droit des sociétés¹³⁰³. Si les dispositifs de droit français présentés s'appliquent

¹³⁰² RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 26.

¹³⁰³ « Certes la question du vote électronique est une 'une question de société' et l'on aurait pu imaginer qu'on trouve aisément des principes communs applicables, auxquels il aurait été facile de se référer. Mais en fait chaque domaine de la vie juridique a ses règles propres et le législateur français a dû quelque peu improviser, en ce qui concerne de droit des sociétés... » *in*, M. Germain, « La communication numérique et le vote dans les

tous par extension à la société en commandite par actions (art. R. 226-1 C. com.) et à la société européenne immatriculée en France (art. R. 229-1 C. com.)¹³⁰⁴, seuls ceux relatifs à la convocation s'appliquent à la SAS (art. R. 227-2 C. com.). Les autres sociétés commerciales sont largement délaissées par le législateur, amenant certains à parler de « fracture sociale »¹³⁰⁵, alors que, parallèlement, le vote électronique en matière d'élections professionnelles se développe¹³⁰⁶. Les associés de la SARL doivent par exemple toujours être convoqués par lettre recommandée (art. R. 223-20 C. com.). Le droit allemand prévoit de même explicitement la lettre recommandée, mais dans une règle de nature supplétive à laquelle les statuts de la GmbH peuvent déroger afin de légitimer la communication électronique (§ 45 et § 51 GmbHG). La société civile de droit allemand est libre de fixer les modalités de convocation et de vote aux assemblées, tandis que la société civile française est toujours soumise à un formalisme classique.

Au regard du faible degré de formalisme imposé enfin aux associations de droit français et de droit allemand, la convocation et le vote électronique aux assemblées générales sont autorisés tant qu'ils sont prévus dans les statuts¹³⁰⁷. La justice allemande a ainsi approuvé la régularité de l'assemblée d'une association (*Mitgliederversammlung*) tenue exclusivement en ligne par *chat*¹³⁰⁸. L'ensemble des sociétés bénéficierait assurément d'un assouplissement des formalités juridiques qui caractérisent leur « forme sociale ». La « révolution numérique » du droit des sociétés par actions a eu lieu lentement et sans violence, pourquoi ne pas faire profiter les autres formes sociales – par nature moins contraignantes – de cette expérience ?

645. Pour autant, le jeu des technologies d'information et de communication en droit des sociétés ne permet pas d'induire des changements de paradigmes, de réajuster les forces au

sociétés » in, *La communication numérique, un droit, des droits*, B. TEYSSIE (dir.), éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 124.

¹³⁰⁴ Cf. B. DONDERO, « Décret n° 2011-1473 du 9 novembre 2011 relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés », *RTD com.*, 2012, p. 763 ; AN, Commission des finances, Rapport n° 2327, É. BESSON, déposé le 06.04.2000.

¹³⁰⁵ M. ROUSSILLE, « Internet au service du formalisme des assemblées sociétaires », *Dr. sociétés*, janv. 2012, rep. 1 : « c'est bien regrettable puisqu'elles sont également soumises à un formalisme sociétaire qui pourrait tirer profit des apports des technologies de l'information ».

¹³⁰⁶ Et ce non sans accroc, cf. É. CAPRIOLI, « Annulation d'un vote électronique en l'absence d'une expertise du logiciel conforme », *Comm. Com. électr.*, n° 10, oct. 2012, comm. 118 ; D. n° 2007-602 du 25.04.2007 relatif aux conditions et aux modalités de vote par voie électronique pour l'élection des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise et modifiant le code du travail, JORF 27.04.2007, p. 7492.

¹³⁰⁷ Cf. délibération n° 2010-371 du 21.10.2010 portant adoption d'une recommandation relative à la sécurité des systèmes de vote électronique, JORF 24.11.2010, texte n° 29 ; A. ROßNAGEL, R. GITTER, Z. OPITZ-TALIDOU, « Telemedienwahlen in Vereinen », *MMR*, 2009, p. 383.

¹³⁰⁸ OLG Hamm, *Beschl. v.* 27.09.2011, I-27 W 106/11 2011, « Zulässigkeit einer Mitgliederversammlung im virtuellen Raum (Verein) », *MDR*, 2012, p. 420.

sein d'un contrat de société devenu institution¹³⁰⁹, quand bien même telle aurait été l'ambition du législateur français. L'internet n'est pas, au sein de la société anonyme française et de la société par actions allemande, un outil de « contre-démocratie », comme il semble l'être à l'égard de la démocratie en tant que régime politique¹³¹⁰. Il ne faudrait pas surestimer l'impact actuel de l'internet sur la participation des actionnaires dans la vie des sociétés. Même perfectionnées et simplifiées, les technologies d'information et de communication ne feront pas disparaître la tenue en salle de l'assemblée générale des actionnaires dans des sociétés d'une certaine taille. La fin des grandes assemblées générales ne sonnera pas de si tôt¹³¹¹.

646. Le droit français des sociétés doit profondément repenser son approche à l'égard des technologies de communication. L'implication de la voie électronique ne peut pas toucher sans justification, ni base légale précise, à la substance des différents droits attachés à la qualité d'actionnaire. La voie électronique ne devrait *a priori* que faciliter la participation des associés à la vie de la société. Le droit doit dès lors faire sien la simplification expérimentée en pratique. Le législateur français peut s'inspirer de la loi allemande et prendre le risque de redonner aux associés la liberté de fixer leurs propres règles dans les statuts. C'est bien d'une rupture avec le droit antérieur dont le Code de commerce a besoin, d'une nouvelle codification. La tâche est lourde. « Ce qui est simple est toujours faux. Ce qui ne l'est pas est inutilisable », écrit P. Valéry¹³¹². Le pouvoir réglementaire français doit prendre le temps de rédiger un texte court. Et quand ce texte ne cherchera plus à opposer la voie électronique aux autres modes de communication et de participation à l'assemblée générale des actionnaires, le cyber-actionnaire sera ce qu'il aurait toujours dû être.

Un actionnaire comme un autre.

¹³⁰⁹ Ce jeu n'est pas nouveau ; le télégramme, la télévision, le télécopier, le minitel furent des outils importants de diffusion d'informations et de communication. La prédominance d'internet est toutefois due au cumul des qualités techniques de ces technologies au sein d'un seul outil accessible à tous. Ce jeu est aujourd'hui plus révélateur que jamais en raison de l'ampleur de la propagation d'internet à tous les étages du droit.

¹³¹⁰ « En fait, il faut moins considérer Internet comme un dispositif de communication qui renouvelle l'activité politique traditionnelle [...] que comme un outil de cette contre-démocratie analysée par Pierre Rosenvallon. Celle-ci n'est pas l'opposé de la démocratie, mais plutôt 'la démocratie des pouvoirs indirects disséminés dans le corps social, la démocratie de la défiance organisée face à la démocratie de la légitimité électorale' [P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie - La politique à l'âge de la défiance*, Le Seuil, 2006]. Internet permet d'articuler de multiples actions citoyennes à travers des activités de vigilance et de dénonciation. À ces deux registres, on peut ajouter la volonté de donner du sens. » *in*, P. FLICHY, « La démocratie 2.0 », *Études*, mai 2010, p. 623.

¹³¹¹ Comme lançait, sous la forme d'une question rhétorique, Mme C. MALECKI *in*, « L'actionnaire sans frontières et la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007 », *Bull. Joly Société*, 1.9.2007, n° 9, p. 927.

¹³¹² P. VALÉRY, *Mauvaises pensées & autres*, Gallimard, 1942, p. 223.

SYNTHESE EN LANGUE ALLEMANDE

-

ZUSAMMENFASSUNG

Der Cyber-Aktionär:

Anpassung des Aktienrechts an die Entwicklung der Informations- und Kommunikationstechnologien

Zusammenfassung der rechtsvergleichenden Studie
zum europäischen, deutschen und französischen Recht
in deutscher Sprache

Jean-Baptiste LHUILLIER

Doktorarbeit im Rahmen einer deutsch-französischen
Cotutelle-de-thèse Vereinbarung
unter der Leitung von

Madame le Professeur Marie-Laure COQUELET
Vice-chancelier des universités de Paris
Université Paris Ovest Nanterre La Défense

Herr Professor Doktor Jens PETERSEN
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht
Universität Potsdam

2015

Abkürzungsverzeichnis

Art.	Artikel	Fn.	Fußnote
AFTI	<i>Association française des professionnels des titres</i>	FS	Festschrift
AG	Aktiengesellschaft	Hrsg.	Herausgeber
AG	Zeitschrift: Die Aktiengesellschaft	HV	Hauptversammlung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	i.d.R.	in der Regel
AktG	Aktiengesetz	IKT	Informations- und Kommunikationstechnologien
AktFoV	Aktionärsforumsverordnung	<i>i. e.</i>	<i>id est</i>
AMF	<i>Autorité des marchés financiers</i>	i.S.v.	im Sinne von
AN	<i>Assemblée nationale</i>	i.V.m.	in Verbindung mit
ANSA	<i>Association nationale des sociétés par actions</i>	JORF	<i>Journal officiel de la République française</i>
ARUG	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie	NRE	<i>Loi relative aux nouvelles régulations économiques</i>
BALO	<i>Bulletin des Annonces Légales et Obligatoires</i>	RDAl	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	RD bancaire et fin.	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
BR	Bundesrat	RegE	Regierungsentwurf
bspw.	beispielsweise	rep.	<i>repère</i>
BT	Bundestag	Rev. sociétés	<i>Revue Dalloz des sociétés</i>
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache	Rn.	Randnummer
bzgl.	bezüglich	s.	siehe
bzw.	beziehungsweise	S.	Seite
Cass. com.	<i>Cour de cassation, chambre commerciale</i>	sog.	sogenannt
C. civ.	<i>Code civil</i>	TransPuG	Transparenz- und Publizitätsgesetz
C. com.	<i>Code de commerce</i>	U. a.	Unter anderen
comm.	communication	UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
Comm. Com. électr.	<i>Revue Communication Commerce électronique</i>	v.	von
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex	Vgl.	Vergleiche
Dr. sociétés	<i>Revue Droit des sociétés</i>	VPC	<i>vote par correspondance</i>
EU	<i>Europäische Union</i>	WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
FBF	<i>Fédération bancaire française</i>		

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	413
Einleitung	415
§ 1 Information und Kommunikation im Internet	421
A) Informationsbereitstellung und Informationsbeschaffung	422
I. Die Illusion der Transparenz im Aktienrecht.....	422
1. Das Aktionärsforum	422
2. Die Übertragung der Hauptversammlung im Internet	424
II. Die Bereitstellung von Informationen über das Internet	425
1. Umgang mit der Internetseite der Gesellschaft	425
2. Inhalte der Veröffentlichungen	426
B) Elektronische Kommunikation zwischen der Gesellschaft und den Aktionären..	428
I. Unvollständige Vereinfachungsmaßnahmen	428
1. Vereinfachte Kommunikation mit der Gesellschaft	428
<i>a. Identifikationsmechanismen</i>	429
<i>b. Elektronische Kommunikation an die mitgeteilte Adresse</i>	430
2. Elektronische Kommunikation mit den Aktionären.....	431
II. Unzureichende Beschleunigung der Kommunikation	432
1. Termine und Fristen bei Veröffentlichungen der Gesellschaft	432
2. IKT und Termine bei der Ausübung von Aktionärsrechten	433
<i>a. Bei Mitteilungen an die Gesellschaft</i>	433
<i>b. Bei der Stimmabgabe</i>	434

§ 2 Fernabstimmung und Fernteilnahme an der Hauptversammlung....	436
A) Die Ausweitung der Online-Abstimmung.....	438
I. Der Erfolg der Briefwahl im Vorfeld der Hauptversammlung.....	439
1. Die Abstimmung bei Namensaktien.....	439
2. Die Lösung des Finanzplatzes Paris bei Inhaberaktien	439
II. Vom Nutzen der Weisungserteilung über das Internet.....	440
1. Unterschiedliche Rechte, unterschiedliche Formulare	440
2. Fernabstimmung und Weisungserteilung.....	441
III. Die Zurückhaltung bei der Fernabstimmung in Echtzeit	442
1. Die Fernabstimmung in Echtzeit.....	442
2. Die Stimmabgabe per Mobiltelefon	443
B) Die Beschränkung der Teilnahmerechte des Aktionärs	444
I. Die Vorteile der Online-Teilnahme	444
1. Teilnahme des Cyber-Aktionärs.....	444
2. Stimme, Bild und Teilnahme an der Hauptversammlung	445
II. Die ungenaue Rechtsgrundlage der Teilnahme des Cyber-Aktionärs.....	447
1. Der Cyber-Aktionär in der Aktiengesellschaft.....	447
2. Der Cyber-Aktionär im positiven Recht	448
a. IKT und Aktienrecht.....	449
b. Die Zukunft des Cyber-Aktionärs.....	449
Fazit und Schlusswort.....	451
Literaturverzeichnis.....	453

Einleitung

Der Cyber-Aktionär ist ein Aktionär, der seine Informations-, Kommunikations- und Teilnahmerechte im Vorfeld oder während der Hauptversammlung auf elektronischem Weg ausübt. Der Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) geht grundsätzlich mit Befürchtungen hinsichtlich ihrer Rechtsicherheit einher. Wie der Gesetzgeber mit diesen Technologien umgeht, spiegelt nur bedingt die Erwartungen und Bedürfnisse der Praxis, die bei der französischen *Société anonyme* und der deutschen Aktiengesellschaft je nach Hauptversammlungskultur unterschiedlich sein können. Die bedeutendste Einbeziehung der IKT ins deutsche Aktiengesetz erfolgte 2009 mit dem ARUG,¹ dem Gesetz zur Umsetzung der europäischen Aktionärsrechterichtlinie vom 11. Juli 2007.² In den französischen *Code du commerce* wurden sie schon 2001 mit der *Loi NRE*³ eingeführt. Sie sind seitdem regelmäßig Gegenstand von Durchführungsverordnungen.⁴

Kommunikationstechnologien der Gegenwart wie das Internet bieten eine äußerst wirksame Informationsplattform. Sie vereinfachen und beschleunigen die Kommunikation zwischen der Gesellschaft und ihren Aktionären. Sie könnten und müssten dazu führen, dass sich Fristen und Termine bei der Ausübung von Aktionärsrechten weiter verlängern und verschieben. Das Streben nach Transparenz und Effizienz im Aktienrecht stößt jedoch an die Grenzen der Bereitschaft des Gesetzgebers und der Praxis, solche Mittel adäquat zu implementieren. Das Scheitern des deutschen Aktionärsforums, das lediglich als „Litfaßsäule“⁵ statt als konstruktive Kommunikationsplattform ausgestaltet worden ist, ist eine Warnung an alle europäischen Gesetzgeber. Die IKT können für die Gesellschaft und die Aktionäre nur gewinnbringend eingesetzt werden, wenn ihr ganzes Potential ausgenutzt wird. Diese Erkenntnis erscheint bei der Fernteilnahme an der Hauptversammlung, Leitprojekt der Modernisierung beider Aktienrechte, noch brisanter. Der Begriff „Fernteilnahme“ bezieht sich auf jede Art der Rechtsausübung ohne physische Anwesenheit des Aktionärs im Vorfeld und/oder während der Hauptversammlung.

Die Fernabstimmung im Vorfeld zur Hauptversammlung ist in Frankreich seit 1983 vorgesehen und darf seit 2001 auch elektronisch erfolgen. In Deutschland wurde erst 2009 die

¹ Gesetz vom 30.7.2009 (BGBl. I S. 2479).

² Richtlinie 2007/36/EG vom 11.7.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften.

³ *Loi* N° 2001-420 vom 15.5.2001 (JORF N° 113, 16.5.2001, S. 7776).

⁴ Die Erste Verordnung ist der *Décret* N° 2002-803 vom 3.5.2002 (JORF, N° 105, 5.5.2002, S. 8718).

⁵ *Noack*, Die moderne Präsenzhauptversammlung mit Internetanbindung, in: *Kley et al.*, FS R. v. Rosen, S. 280.

Fernabstimmung mittels Briefwahl eingeführt. Nachdem der Referentenentwurf zum ARUG zunächst nur eine echte Briefwahl als Regelungsgegenstand vorsah, wurden im Verlauf der Gesetzesberatung elektronische Abstimmungen hinzu- und gleichgestellt. Hauptziel der Fernabstimmung mittels IKT ist die Kostenminderung der Hauptversammlung⁶ und die Einhaltung von gesetzlich vorgesehenen Quoren. Umweltschutz durch Papiereinsparung und eine erhöhte Einbeziehung ausländischer Aktionäre⁷ haben eine nur untergeordnete Bedeutung. Erste nennenswerte Umsetzungen und Erfolge in der Praxis wurden in beiden Ländern erst 2010 erzielt. In Frankreich ermöglicht die Online-Plattform *Votaccess* eine Identifizierung der Besitzer von Inhaberaktien bei der Stimmabgabe auf elektronischem Weg. In Deutschland konnten bis zur Umsetzung des ARUG bei der Stimmrechtsausübung Online-Plattformen nur genutzt werden, um von der Gesellschaft ernannten Stimmrechtsvertretern Weisungen zu erteilen (Stimmrechtsvertretung). Heute ermöglichen zumindest die großen deutschen Aktiengesellschaften ihren Aktionären die direkte Stimmrechtsausübung durch die Briefwahl auf elektronischem Weg über die gleichen Online-Plattformen. Der Nutzen der Stimmrechtsvertretung muss neben der Möglichkeit der direkten Stimmabgabe mittels IKT in Frage gestellt werden.

Im Zuge des Fortschritts der technischen Möglichkeiten sind Tendenzen erkennbar, die Fernteilnahme an der Hauptversammlung mittels IKT nicht nur auf eine Stimmrechtsabgabe im Vorfeld zur Hauptversammlung zu beschränken, sondern den Aktionären eine Fernteilnahme, verbunden mit der Ausübung von sämtlichen Aktionärsrechten in Echtzeit zu ermöglichen. Theoretisch würde dadurch eine juristische Gleichstellung der Fernteilnehmer und der in der Hauptversammlung physisch anwesenden Aktionären ermöglicht. Mit der Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie wurde in Deutschland nicht nur die (elektronische) Fernabstimmung zugelassen, sondern darüber hinaus den Aktiengesellschaften die rechtliche Befugnis eingeräumt, in der Satzung die Ausübung von Aktionärsrechten während der Hauptversammlung im Wege elektronischer Kommunikation vorzusehen (§ 118 Abs. 1 AktG). In der Praxis bieten gleichwohl bisher nur zwei DAX-Aktiengesellschaften eine Online-Teilnahme an, die jedoch aus technischen und organisatorischen Gründen stark

⁶ Die Kosten der HV einer großen börsennotierten AG befand sich 2005 in Frankreich zwischen 85.000 und 2,5 Millionen Euro; *AMF, Rapport Mansion*, S. 8; die Kosten der Verwaltung eines Votums, noch im zweistelligen Bereich, sollen auf einen Euro reduziert werden: *Cognet*, zitiert v. *Rosemain*, *Vote en ligne*, lesechos.fr, 31.4.2011.

⁷ Ca. 46,3 % beim CAC 40 und 55 % beim DAX, *Le Roux, Bulletin de la Banque de France*, 2013, N° 193; *Braunberger*, faz.net, 10.5.2013.

eingeschränkt ist.⁸ In Frankreich haben sich – bedingt durch die längere Historie der elektronischen Stimmrechtsausübung – IT-Unternehmen auf die Wahrnehmung von Aktionärsrechten mittels IKT spezialisiert. Beschränkungen der Online-Teilnahme folgen hier mehr aus gesetzlichen Schranken.

Der Begriff „Cyber-Aktionär“ ist weder im europäischen noch im deutschen oder im französischen Recht zu finden. Er entsteht aus der Beobachtung der Entwicklung des französischen Rechts der Aktionärshauptversammlung. Jede neue Informations-, Kommunikations- und Teilnahmemöglichkeit wird von der Praxis und einem wesentlichen Teil der Lehre als neues Recht des Aktionärs zugunsten einer – wohlgerneht erfundenen – „Aktionärsdemokratie“ gefeiert. Handelt es sich dabei wirklich um neue Rechte oder wurde die „traditionelle“ Ausübung von Aktionärsrechten nicht einfach auf den elektronischen Weg erweitert?

Bei jedem französischen *Décret* scheinen sich neue Bestimmungen, zum Teil offensichtlich, zum Teil implizit, von den bis dahin geltenden Regelungen zu distanzieren. Daraus könnte sich ein speziell auf die IKT zugeschnittener Rechtsrahmen entwickeln, der weder gewünscht noch notwendig ist. Die Gefahr einer derart ausgerichteten Spezialisierung liegt nicht nur in der Erschwerung der Rechtsanwendung, sondern vor allem in der Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung der Aktionäre. Darf die Gesellschaft ohne gesetzliche Anweisung der Ausübung von Aktionärsrechten mittels IKT strengere Regeln auferlegen? Gehört der Cyber-Aktionär zu einer neuen Aktionärsart, für die ein neuer gesetzlicher Rahmen festzulegen ist? Kann die Art und Weise der Ausübung von Aktionärsrechten eine Ungleichbehandlung beider „AktionärsGattungen“ tatsächlich rechtfertigen? Sind die Rechte des Aktionärs und die Verpflichtungen der Gesellschaft durch die Einführung der IKT in ihrer Substanz betroffen?

Die Rechtsvergleichung bietet erste Lösungsansätze.⁹ Ausgangspunkt für den Vergleich zweier nationaler Gesetzgebungen ist die europäische Aktionärsrichtlinie vom 11. Juli 2007, die den Rahmen der Ausübung der Aktionärsrechte auf elektronischem Weg vorgibt. Die in der

⁸ München Rück AG, SAP AG.

⁹ Hopt, Comparative Company Law, in: Reimann/Zimmermann, The Oxford Handbook Of Comparative Law, S. 1162: „What will be or should be the agenda for comparative company law and research? [...] The first is shareholders. A modern tendency [...] is to revitalize private shareholders by giving them more legal rights – either as such in the general meeting, or as a minorities, or even individually – and facilitating the use of those rights. Rapid development of modern technology helps“.

deutschen Fachliteratur angesprochenen Rechtsfragen erweitern trotz und wegen der Ähnlichkeit beider Rechtssysteme¹⁰ das Verständnis des französischen Rechts positiv. Erst wenn sich die „künstliche Natur der Systematik“ beider Aktienrechte durch Vergleich offenbart,¹¹ sind Verbesserungsvorschläge legitimiert.¹²

Bisher wurden im Wesentlichen zwei Aspekte des Verhältnisses zwischen der Aktiengesellschaft (AG) und deren Aktionären aufgearbeitet, bieten aber angesichts der nur vereinzelt Erfolge bei dem Einsatz von IKT Raum für Verfeinerungen. Der erste ist die Verbesserung der Information der Aktionäre und die Beschleunigung der gegenseitigen Kommunikation im Vorfeld der Hauptversammlung. Der zweite Einfluss betrifft die Teilnahmemöglichkeiten des Aktionärs an der Hauptversammlung (HV).

¹⁰ Dannemann, Comparative law: study of similarities or differences? in: *Reimann/Zimmermann* (Fn. 9), S. 409.

¹¹ Monateri, Éléments de comparaison des études comparatives, in: *Legrand*, Comparer les droits, S. 96: „In jedem Recht herrscht Inkohärenz, wenn auch nationale Juristen mit lokalbezogenen theoretischen und rhetorischen Strategien jede Ambivalenz verwischen mögen“.

¹² Fauvarque-Cosson, Development of comparative law in France, in: *Reimann/Zimmermann* (Fn. 9), S. 64: „Most French academics focus on comparative law’s epistemological function rather than its legislative role“.

§ 2 Information und Kommunikation im Internet

Das wesentliche Recht des Aktionärs besteht darin, über die finanzielle Gesundheit der AG informiert zu werden.¹³ Ohne Daten und andere Informationen können die Aktionäre die Gesellschaftsführung nicht kontrollieren. Um ein Kontrollrecht überhaupt ausüben zu können, muss der Aktionär über organisatorische, gar protokollarische Verfahrensfragen in Bezug auf die Teilnahme an der HV belehrt werden.

Jeder Aktionär verfügt über ein subjektives Recht gegenüber der AG an bestimmte, *i. e.* im Gesetz aufgelistete Informationen zu gelangen. Wegen der Verpflichtung der AG, Informationen zu veröffentlichen bzw. zu verbreiten, wird das Informationsrecht auch passiv „ausgeübt“. Allein die Veröffentlichung einer Mitteilung reicht jedoch meistens nicht aus, um dem Informationsbedürfnis der Aktionäre gerecht zu werden. Eine direkte Kommunikation zwischen der AG und dem Aktionär ist unerlässlich.

Das Internet stellt diese bekannten Erkenntnisse nicht in Frage. Die Online-Information hat sich parallel zu den klassischen Informationswegen entwickelt. Eine neue Gesetzgebung wurde in beiden Ländern eingeführt, deren Begünstigte jedoch nicht eindeutig identifizierbar sind. Addieren sich die Rechtsgrundlagen dieser beiden Informationswege? Haben diese Normen nicht die gleichen Gegenstände und Ziele, sodass sie dazu neigen sollten, sich gegenseitig auszuschließen? Die IKT haben neue Informationsplattformen und -mechanismen geschaffen, deren Zweckmäßigkeit sich nicht immer beweisen lässt.

Die elektronische Kommunikation dient nicht nur der Information der Aktionäre, sondern ermöglicht ihnen ihre Rechte im Vorfeld der HV auszuüben. Die erste Schwierigkeit liegt dabei in der Identifikation des Aktionärs. Die Überwindung dieses Hindernisses bei Gesellschaften mit Inhaberaktien, deren Besitzer theoretisch anonym sind, hat in Frankreich ein Jahrzehnt gedauert. Rechtfertigt eine bessere Kommunikation aber den Anonymitätsverlust des Aktionärs in einer Gesellschaft, die aus historischen Gründen noch *Société anonyme* genannt wird? In Anbetracht der relativ kurzen Fristen und festen Termine im Vorfeld der HV könnte und sollte dennoch die Fernausübung von Aktionärsrechten erheblich vereinfacht und beschleunigt werden.

¹³ Dieser Anspruch ist nichts anderes als die Pflicht der Gesellschaft, überhaupt solche Informationen zu erfassen und an die Aktionäre weiterzugeben.

A) Informationsbereitstellung und Informationsbeschaffung

Es erscheint heute selbstverständlich, dass ein Medium wie das Internet andere Veröffentlichungswege nach und nach ersetzt. Um zukünftige Tendenzen beurteilen zu können, muss die Rechtsgrundlage von gesellschaftsrechtlichen Online-Bekanntmachungen hinterfragt werden. Versuche, das Internet als eigenständige Veröffentlichungs- und Informationsplattform zu nutzen, haben jedoch gezeigt, dass das deutsche und das französische Aktienrecht der Praxis kaum Handlungsspielraum lassen. Ist die im Kapitalmarktrecht hoch gelobte Transparenz überhaupt auf das Aktienrecht übertragbar?

I. Die Illusion der Transparenz im Aktienrecht

Das Streben nach Transparenz basiert auf der Annahme, dass der Investorenschutz effizientere Finanzmärkte hervorbringt. Die IKT werden zu diesem Zweck gern eingesetzt, solange die gesellschaftsinternen Machtverhältnisse nicht gefährdet werden. Ein erstes Beispiel dafür sind die Misserfolge des deutschen Aktionärsforums. Obwohl die öffentliche Übertragung der HV im Internet als Teil einer guten *Corporate Governance* gilt, ist sie ein zweites Beispiel dafür, dass die Transparenz im Aktienrecht nicht zwangsläufig auf die Aktionärsinteressen, sondern eher auf die der AG gerichtet ist.

1. Das Aktionärsforum

Das Aktionärsforum ist ein vom Bundesanzeiger betriebenes Internetforum,¹⁴ das Aktionären und Aktionärsvereinigungen eine Plattform für die Interessenvertretung bieten soll. U. a. können andere Aktionäre aufgefordert werden, ein Verlangen an die AG zu richten oder in der HV das Stimmrecht auszuüben. Zweck der Aufforderung ist die gemeinsame Einhaltung eines Quorums. Das Forum unterliegt den Regelungen des 2005 eingeführten § 127a AktG, einer Aktionärsforumsverordnung und den AGB des Betreibers.¹⁵ Dieser rechtliche Rahmen hat jegliche Interaktionsfreiheit verhindert. Das Forum entspricht nicht den Eigenschaften eines gewöhnlichen Internetforums, das auf einer vom Betreiber moderierten Diskussion

¹⁴ Gegen den Ratschlag des RegE, das Forum von einem durchaus privat-rechtlichen Dienstleister betreiben zu lassen, UMAG, BT-Drs. 15/5092, 14.3.2005, 15.

¹⁵ Gesetz vom 22.9.2005 zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG - BGBl. I 60 S. 2802); Aktionärsforumsverordnung vom 22.11.2005 (AktFoV - BGBl. I S. 3193).

zwischen den Nutzern basiert.¹⁶ Die Angst, dass Aktiengesellschaften feindlichen Äußerungen im Internet ausgesetzt sein könnten, ist dem Gesetzgeber anzumerken.¹⁷ Laut Begründung des Gesetzestextes sollte z. B. den Aktionären untersagt werden, den Titel einer Aufforderung selbst zu verfassen, damit dieser keine Rechtsschreibfehler beinhaltet, sodass die Aufforderung von der Suchmaschine des Forums besser einsortiert werden kann.¹⁸ Aufgrund von zu hohen Anforderungen waren zehn Jahre lang nur vereinzelte erfolgreiche Aufforderungen zu finden.

Das Aktionärsforum und sein rechtlicher Rahmen müssen stets modernisiert oder ansonsten abgeschafft werden.¹⁹ Das Prinzip einer einzelnen Plattform war damals für sinnvoll erachtet worden, um einheitliche Moderationsregeln zu schaffen. Da sich weder das „Pinnwand-Konzept“²⁰ noch diese Regeln in der Praxis bewährt haben, haben Drittunternehmen andere Aktionärsforen unter ähnlichen Namen und Internetadressen gegründet, die allerdings nicht viel erfolgreicher zu sein scheinen.²¹ Daher müsste jede börsennotierte AG verpflichtet werden, ein bestimmtes Aktionärsforum spätestens in der Einberufung zur jährlichen HV zu benennen, das von der Internetseite der AG aus aufrufbar wäre. Mit diesem Kompromiss bliebe es noch „den Vorständen erspart, die Opposition gegen ihre eigene Amtsführung zu organisieren“.²² Da die Aktionäre nicht nur aufgefordert werden müssen, sondern zunächst erst einmal „ausfindig“ gemacht werden müssen, ist die Nutzung von sozialen Medien, die bei kapitalmarktrechtlichen Bekanntmachungen von den Aufsichtsbehörden einiger Länder Anerkennung erhalten haben, sehr zu empfehlen.²³

¹⁶ Noack, Das Aktionärsforum im Bundesanzeiger: ein Flop, Handelsblatt, 18.3.2013; Spindler/Stilz, § 127a AktG, Rn. 17; Bayer/Hoffmann, AG 2013, R61.

¹⁷ Wie z. B. bzgl. der Identifikationspflicht des Aktionärs: „Die Angabe einer postalischen Anschrift ist nicht ausreichend, wenn sie nicht überprüft wird. Ansonsten wird den gerade im Internet nicht seltenen ‚Spaß-vögeln‘ ein neues Bestätigungsfeld eröffnet“, RegE UMAG, Stellungnahme des BR, BT-Drs. 15/5092, 14.3.2005, 36.

¹⁸ Seibert, AG 2006, 16(21).

¹⁹ Noack, Das offizielle Aktionärsforum - nichts los, *notizen.duslaw.de*, 23.4.2007.

²⁰ Spindler/Stilz, § 127a AktG, Rn. 17.

²¹ Auf Rat von Prof. Dr. Seibert (Fn.18) wurde vorgesehen, dass „zur Steigerung der Nutzerfreundlichkeit und zur Erleichterung der Auffindbarkeit“ andere Internetadresse auf das Forum verweisen. 2005 verwies mithin § 1 AktFoV, neben [bundesanzeiger.de], auf die Adresse [aktionärsforum.de]. Durch eine Änderung des AktFoV 2011 wurde ohne Erklärung aus [aktionärsforum.de] [aktionärsforum.de]. Die alte Adresse ist noch gültig, während die neue auf eine Internetseite eines Drittanbieter verweist, die kurz vor Änderung der Verordnung von dem Ex-Vorstand einer bekannten Aktionärsvereinigung reserviert wurde. Im Kampf um Internetadressen rund um das Aktionärsforum, den sich Einzelne, Anwälte, Aktionärsvereinigungen und private Unternehmen liefern, hat die deutsche Regierung längst die Oberhand verloren.

²² Seibert, AG 2006, 16(17).

²³ Noack, Facebook als Medium aktien- und kapitalmarktrechtlicher Mitteilungen, Handelsblatt, 22.4.2013; Salazar, GoingPublic, 5/2013, 58; Gebauer, HV-Magazin, 2010, S. 10; Kuhn, HV-Magazin, 2011, 20.

Das Aktionärsforum hat nicht zu einer „Aktionärsdemokratie“ beigetragen. Ein anderes Instrument des Aktienrechts, die Übertragung der HV im Internet, sollte dazu dienen, die Führung der AG transparenter zu gestalten. Diese verzeichnet einen gewissen Erfolg. Sie stellt jedoch das Wesen der AG in Frage.

2. Die Übertragung der Hauptversammlung im Internet

Nichts könnte transparenter wirken als die Video-Übertragung der HV im Internet. Die Übertragung der HV ist allerdings eine aktienrechtliche Maßnahme, die angesichts des grundsätzlich privaten Charakters der Veranstaltung vor allem den Aktionären von Nutzen sein sollte und nur zweitrangig der Öffentlichkeit.

Die Übertragung der HV über moderne Kommunikationsmedien muss in Deutschland in der Satzung der AG vorgesehen sein und erfolgt unabhängig von den Teilnahmeoptionen an der HV.²⁴ Die Aktionäre dürfen zudem theoretisch über den Umfang der Übertragung entscheiden, können die Übertragung aber in der HV nicht mehr durch Beschluss verweigern und unterbrechen. Der Vorstand bestimmt meistens u. a., ob die Debatten in der HV zusätzlich zu den Reden des Vorstands im Internet verfolgt werden können und wie den Aktionären und sonstigen Dritten der nachträgliche Zugang zur Aufzeichnung der HV gewährt wird.²⁵ Im französischen Recht wird die weit verbreitete Übertragung der HV im Internet nur im Rahmen der effektiven Teilnahme per Videokonferenz erwähnt,²⁶ die in der Praxis der notierten Gesellschaften noch keine Anwendung gefunden hat.²⁷

Der Einsatz der IKT in der HV stellt erneut den privaten Charakter der Aktionärs-HV in Frage. Da die Presse gewöhnlich zur HV börsennotierter Gesellschaften geladen wird, ist die HV im Internet in Frankreich in ca. zwei Dritteln der Fälle öffentlich aufrufbar und kann in Echtzeit verfolgt werden.²⁸ Die Veranstaltung erhält durch die Online-Übertragung einen öffentlichen Charakter. Mithin kann es in Frankreich zur Erfüllung des Tatbestands der öffentlich begangenen Verleumdung oder Beleidigung des Vorstandes,²⁹ sowie zu einer Verletzung des Rechts am eigenen Bild der anwesenden Aktionäre kommen.³⁰

²⁴ *Heidel*, § 118 AktG, Rn. 50; *Spindler/Stilz*, § 118 AktG, Rn. 46.

²⁵ RegE TransPuG, BT-Drs. 14/8769, 11.4.02, 19.

²⁶ Art. R. 225-97 C. com.

²⁷ Die Übertragung basiert somit lediglich auf der satzungsmäßigen Ermächtigung des Vorstands.

²⁸ *AMF, Rapport 2015*, 11.02.2015, S. 30.

²⁹ In Deutschland setzt § 187 StGB die öffentlich begangene Verleumdung der in einer Versammlung begangenen Verleumdung gleich. Dagegen erfasst Art. 621-1 des französischen *Code Pénal* allein die nicht öffentlich begangene Verleumdung. Der Tatbestand der öffentlichen Verleumdung befindet sich im Art. 23

Die Übertragung dient bisher weder der Abstimmung noch der Fernteilnahme an der HV in Echtzeit.³¹ Der Fokus künftiger Entwicklung sollte darauf gerichtet sein, dieses Instrument einzusetzen, um den Aktionären eine interaktive Teilnahme an der HV zu ermöglichen. Ferner ist die Verbreitung HV-bezogener Informationen zuerst zugunsten der Aktionäre durchzuführen.

II. Die Bereitstellung von Informationen über das Internet

Die Veröffentlichung von Gesellschaftsbekanntmachungen im elektronischen Bundesanzeiger und im französischen BALO ist heute selbstverständlich. Fraglich ist vielmehr wie die AG mit der Bereitstellung von Informationen über das Internet umgeht, denn die Veröffentlichung bestimmter Informationen auf ihrer Internetseite bleibt nicht ohne Rechtsfolgen.

1. Umgang mit der Internetseite der Gesellschaft

Zur Umsetzung des Art. 5 der europäischen Aktionärsrechterichtlinie wurden im Aktiengesetz und im *Code de commerce* expliziter als früher auf die Internetseite der AG verwiesen.³² Dabei geht es weniger um die Veröffentlichung kapitalmarktrechtlicher Informationen als um die Veröffentlichung HV-bezogener Unterlagen. Selbst wenn die Letzteren nur die Führung der AG betreffen, können solche Unterlagen selten den Aktionären vorbehalten werden. Die Veröffentlichungspflichten der Richtlinie gelten nur für notierte Aktiengesellschaften und alle Aktionäre dieser Gesellschaften – auch die anonymen Besitzer von Inhaberaktien – müssen erreicht werden.

Kaum im Schrifttum angesprochen sind die Besonderheiten der Online-Veröffentlichung. Der Aktionär muss sich darauf verlassen können, dass ein online-veröffentlichter Text z. B. nicht kurz vor Fristablauf der Ausübung seines Rechtes geändert wird. Die Aktionärsrechterichtlinie sieht vor, dass bestimmte HV-bezogene Informationen „während

i.V.m. Art. 32 des Gesetzes über die Pressefreiheit vom 29.7.1881. Die Geldstrafe ist hier wesentlich höher angesetzt; siehe Cass. 2^e civ., 13.05.2004, N^o 02-10534, *Renaud F. c/ Eric Bouin*, Rev. sociétés, 2005, 401.

³⁰ Ablehnend LG Frankfurt/M., 29.10.2004, 3-13 O 79/03, NJW-RR 2005, 837: „Grundrechtsschutz [darf] nicht dazu dienen, aus dem fortschreitenden Zeitalter sich entwickelnde Neuerungen unreflektiert zu verhindern“. In Frankreich werden die anwesenden Aktionäre nicht gefilmt, und vor der HV einfach aufgefordert, sich ggf. vor einer mündlichen Frage nicht vorzustellen.

³¹ „Die Finanztransparenz sichert die Wirtschaft und verstärkt den Rechtsstaat sowie die Demokratie“, schreibt man in öff.-rechtl. Kreisen (*France Diplomatie*, Transparence financière, diplomatie.gouv.fr, 1.3.2013). Bei der Videoübertragung der Hauptversammlung handelt es sich jedoch mehr um Publizität als um Transparenz.

³² Durch die Einfügung 2009 des § 124a AktG und 2010 des Art. R. 225-73-1 C. com.

eines ununterbrochenen Zeitraums“ von mindestens 21 Tagen vor der HV auf der Internetseite der notierten AG zur Verfügung gestellt werden müssen. Mithin sollte jede Information auf der Internetseite stets datiert sein. Beim Umgang mit Online-Veröffentlichungen obliegt der AG eine Pflicht zur „Integrität, Bereitschaft, Authentifizierung/Identifizierung, Fortbestand, Zugänglichkeit und Archivierung“³³.

2. Inhalte der Veröffentlichungen

Das Gesellschaftsrecht nutzt das Internet um einen schnelleren Informationszugang und eine effizientere Verbreitung zu gewährleisten. In Bezug auf die Online-Veröffentlichung der Einberufung und andere HV-bezogene Unterlagen sind die deutschen und französischen Rechtsordnungen weitgehend von der Aktionärsrechterichtlinie geprägt und somit sehr ähnlich. Ein interessanter Unterschied besteht aber im Umgang mit dem Auskunftsrecht des Aktionärs im Vorfeld der HV.

Das Auskunftsrecht wird in Frankreich und in Deutschland unterschiedlich ausgelegt. Die jeweiligen Hauptversammlungskulturen gestalten den Umfang des Auskunftsrechts, das schriftlich oder mündlich ausgeübt werden kann. Fragen von Aktionären im Vorfeld der HV ermöglichen einen breiteren Informationsfluss. Das Gleichheitsgebot des deutschen und französischen Aktienrechts zwingt aber zu berücksichtigen, dass die Antworten der AG alle Aktionäre erreichen bzw. dass deren Zugang jedem gleich gewährt sein muss.

Die französische AG muss auf Fragen antworten, die ihr von Aktionären vor der HV übermittelt werden. Die Antwort kann anstelle einer mündlichen Stellungnahme des Vorstandes während der HV auch im Voraus auf der Internetseite der AG veröffentlicht werden. Die Frage gilt dann als auf der HV beantwortet.³⁴

Die europäische Aktionärsrechterichtlinie hat auch dem deutschen Recht aufgezwungen, die Möglichkeit einer Veröffentlichung der Antwort des Vorstandes auf Fragen von Aktionären im Vorfeld der HV vorzusehen.³⁵ Aufgrund des ständigen Drucks deutscher sog. „Berufskläger“ liegt die Tendenz jedoch nicht in der Erweiterung des Auskunftsrechts. Ein Anfechtungsrecht der in der HV gefassten Beschlüsse steht jedoch nur den Teilnehmern der HV zu, sodass schriftliche Fragen im Vorfeld der HV ein

³³ Caprioli, *RD bancaire et fin.*, 2007, N° 81, 33.

³⁴ Art. L. 225-108 Abs. 4 C. com.

³⁵ Art. 9 der Aktionärsrechterichtlinie; § 131 Abs. 3 Ziff. 7 AktG.

Anfechtungsrisiko nicht erheblich erhöhen würden. Im Gegenteil könnten einige zu erwartende Fragen deutlich vor der HV im Internet beantwortet werden und somit mehr Zeit für aufschlussreiche Diskussionen ermöglichen. Derzeit werden hauptsächlich Daten veröffentlicht, um sich die Belastung einer reinen Datenangabe während der HV zu ersparen. Eine breitere Akzeptanz der Bereitstellung von Antworten auf der Internetseite der AG, die den Vorstand von einer mündlichen Stellungnahme während der HV befreit,³⁶ ist zu empfehlen.

Während die Pflicht zur Online-Veröffentlichung HV-bezogener Unterlagen jeder in der EU notierten AG gleichsam mit der europäischen Aktionärsrechterichtlinie auferlegt wurde, ist die elektronische Kommunikation zwischen der AG und den Aktionären vor Einführung dieser Richtlinie in beiden Ländern erprobt und legitimiert, später nur noch *a minima* harmonisiert worden.

³⁶ § 131 Abs. III Satz 1 Nr. 7 AktG.

B) Elektronische Kommunikation zwischen der Gesellschaft und den Aktionären

Die elektronische Kommunikation zwischen der AG und den Aktionären wird nach und nach zur Norm. Ihre Ausweitung leidet jedoch in Frankreich unter unbestimmten rechtspolitischen Entscheidungen.³⁷ Die Praxis bleibt skeptisch, die Aktionäre sind unentschlossen. Angesichts der allgemein herrschenden Kritiklosigkeit erweist sich der Rechtsrahmen der Kommunikationswege zur Zeit als stabil. Unbestritten sind die Einfachheit und die Schnelligkeit des elektronischen Weges. Dennoch ist einerseits der Vereinfachungsprozess im Hinblick auf die Kommunikation mit den grundsätzlich anonymen Inhaberaktionären nicht abgeschlossen. Andererseits erscheint die Beschleunigung der Kommunikation vor der HV verbesserungsfähig.

I. Unvollständige Vereinfachungsmaßnahmen

Zwei Tendenzen lassen sich erkennen, je nachdem, ob die Kontaktaufnahme vom Aktionär oder von der AG ausgeht. Einerseits wird die Kommunikation mit der AG mithilfe des elektronischen Weges grundsätzlich vereinfacht. Andererseits darf sich die AG der Vorteile des Internets nicht ohne weiteres bedienen.

1. Vereinfachte Kommunikation mit der Gesellschaft

Die Ausübung der Aktionärsrechte im Vorfeld der HV darf grundsätzlich auf elektronischem Weg anstelle des brieflichen Weges erfolgen. Dies gilt erst recht für informelle Fragen an die für die Beziehungen zu den Aktionären zuständige Kontaktstelle (*Investors & Shareholders Relations*) und auch z. B. für Fragen an den Vorstand, Ergänzungsverlangen oder Weisungserteilungen nach dem Aktiengesetz. Abgesehen vom Stimmrecht, das Gegenstand „anspruchsvollerer“ Normen ist, kann der Aktionär als Absender fast alle seine an die Aktie geknüpften Rechte über den elektronischen Weg ausüben. Voraussetzung für die Ausübung jedes Rechtes ist jedoch, dass der Aktionär seine Identität nachweisen kann.

³⁷ Die nationalen sowie die europäischen Gesetzgebungen spielen in der Tat unterschiedliche Rollen. Sie können sich zurückhalten und die Praxis ihre eigenen Regeln aussuchen lassen. Wenn sie eingreifen, wirkt die Erwähnung der Kommunikationswege im Gesetzestext ohne weitere Angaben stets ausschließend. Andere Verfahrensweisen können sich dabei nur dann durchsetzen, wenn sie explizit anerkannt werden. Der Gesetzgeber kann weiterhin neue Kommunikationswege durch dispositive Regelungen erlauben bzw. empfehlen. Natürlich können Änderungen schließlich erzwungen werden.

a. Identifikationsmechanismen

Der deutsche Gesetzgeber vertraut darauf, dass die Satzung und der Vorstand Identifikationsmechanismen vorsehen, die dem Stand der Technik entsprechen.³⁸ Das ist bei Besitzern von Namensaktien unproblematisch, denn das Aktienregister wird unter Aufsicht der AG verwaltet. In einer elektronischen Mitteilung muss der Aktionär lediglich die Identifikationsnummer angeben, die ihm die AG zugewiesen hat. Die deutsche Praxis erlaubt sogar eine Identifikation durch den einfachen Emailverkehr. Die Anmeldung auf dem Internetportal der AG, wodurch der Aktionär ggf. sein Stimmrecht ausüben kann, erfolgt mithilfe derselben Nummer und einem Passwort. Für Besitzer von Inhaberaktien jedoch gehen die Vorteile der elektronischen Kommunikation verloren, da sie erst eine Eintrittskarte über ihre Depotbank verlangen müssen, um eine vergleichbare Identifikationsnummer von der AG zu bekommen.

In Frankreich haben Identifikationsfragen jahrelang die Ausübung von Aktionärsrechten auf elektronischem Weg behindert. Briefwahl- und Vollmachtformulare müssen vom Aktionär ggf. elektronisch unterschrieben werden.³⁹ Gemäß Art. 1316-4 Abs. 2 des *Code civil* besteht die „einfache elektronische Signatur“ aus zuverlässigen Identifikationsmechanismen, die den Bezug zwischen Signatur und dem Rechtsgeschäft garantieren. Eine Anmeldung auf einer Internetseite der AG durch Angabe einer persönlichen Identifikationsnummer und eines Passwortes erfüllt die Voraussetzungen der einfachen E-Signatur. Der *Code civil* kennt aber auch eine qualifizierte elektronische Signatur, die aufgrund von zu hohen technischen Anforderungen fast keine Anwendung gefunden hat. 2006 fügte ein *Décret* die qualifizierte Signatur als Identifikationsmerkmal für die elektronische Briefwahl in den *Code de commerce* ein und erlaubte jedoch, dass andere Mechanismen nach Art. 1316-4 Ab. 2 C. civ. in der Satzung vorgesehen werden.⁴⁰ Erst 2011 wurden der Verweis auf die Satzung gestrichen und die Wahl zwischen beiden Signaturen zugelassen, indem die Anforderungen des *Code civil* in den *Code de commerce* zum größten Teil übertragen wurden.⁴¹

Seit 2012 haben Inhaberaktionäre einiger Aktiengesellschaften Zugang zur Abstimmungsplattform *Votaccess* nach einer Anmeldung auf der Internetseite ihres Brokers,

³⁸ RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, 27.

³⁹ Art. L. 225-77 Abs. 2 C. com., Art. R. 225-79 Abs. 2 C. com.

⁴⁰ *Décret* N° 2006-1566 vom 11.12.2006 (JORF 12.12.2006, S. 18762).

⁴¹ *Décret* N° 2011-1473 vom 9.11.2011 (JORF 10.11.2011, S. 18893).

i. e. mit einfacher E-Signatur.⁴² Bei Namensaktien wird der Aktionär, wie in Deutschland, vom Portal der AG aus zur Abstimmungsplattform weitergeleitet.

b. Elektronische Kommunikation an die mitgeteilte Adresse

Die Gleichsetzung der elektronischen mit der schriftlichen Kommunikation ist in Frankreich für Mitteilungen der Aktionäre an die AG im Vorfeld der HV fast vollständig erfolgt. Fragen an den Vorstand können z. B. nicht nur durch einen eingeschriebenen Brief mit Eingangsbestätigung, sondern auch auf elektronischem Weg zugestellt werden.⁴³

Die Form und die Zustellungsart einer Mitteilung⁴⁴ an die deutsche AG hängen ihrerseits von mehreren Faktoren ab. Wenn sie nicht im Gesetzestext vorgegeben sind, werden sie aus den Angaben der AG hergeleitet. Selbst wenn die Form einer Mitteilung aktienrechtlich geregelt ist, ist ihre Zustellungsart aber nicht unbedingt eindeutig. Das Aktiengesetz setzt z. B. die Schriftform für die Übermittlung von Ergänzungsverlangen zur Tagesordnung voraus, es sei denn, die Satzung knüpft dieses Recht des Aktionärs an eine andere Form⁴⁵ – wobei nur eine Formerleichterung (wie die Textform) in Frage kommt. Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) besagt jedoch, dass ein schriftlicher Text auch auf elektronischem Weg übermittelt werden kann, wenn das Gesetz nichts anderes vorsieht und dem Text eine qualifizierte elektronische Signatur des Absenders beigefügt wird.⁴⁶ Allerdings können eigentlich eher Unternehmen und Aktionärsvereinigungen eine solche qualifizierte elektronische Signatur nach dem Signaturgesetz organisieren als einzelne Aktionäre.

Wenn das Gesetz für die Ausübung eines bestimmten Rechts lediglich auf die in der Einberufung mitgeteilte Adresse verweist, wird die Zustellungsart nicht eindeutiger. Nach Auffassung des Schrifttums scheint nur die Textform in Betracht zu kommen.⁴⁷ Wird in der Einberufung jedoch nur eine Postanschrift angegeben, muss der Aktionär diese Versendungsart nutzen und z. B. seinen Gegenantrag i.S.v. § 126 AktG schriftlich übermitteln.⁴⁸ Wird in der Einberufung nur eine elektronische Adresse angegeben, weisen

⁴² Mehr als zwei Drittel der AG des CAC 40 im Jahre 2014; AMF, *Rapport 2015*, 11.2.2015, p. 38.

⁴³ Art. R. 225-84 C. com.

⁴⁴ Der deutsche Gesetzgeber ist sich dieser wesentlichen Unterscheidung absolut bewusst, RegE, 14.12.2000, BT-Drs. 14/4987, S. 30; sie wird in Frankreich nicht angesprochen.

⁴⁵ § 122 Abs. II i.V.m. Abs. I AktG.

⁴⁶ § 126 IV BGB i.V.m. § 126a BGB.

⁴⁷ *Mimberg*, ZGR 2003, 34; *Spindler/Stilz*, § 126 AktG, § 14.

⁴⁸ Gegenmeinung, s. *Mimberg*, ZGR 2003, 34.

wiederum die meisten Autoren darauf hin, dass die postalische Adresse des Gesellschaftssitzes für Anträge und Verlangen nach dem Aktiengesetz immer relevant ist.⁴⁹

Um zu verhindern, dass ein Kommunikationsweg willkürlich bevorzugt wird, müsste die elektronische und die schriftliche Kommunikation vollständig gleichgesetzt werden.

2. Elektronische Kommunikation mit den Aktionären

Gegenüber den Aktionären befindet sich die AG in einer komplexeren Lage. In Frankreich darf sie den Aktionären den elektronischen Weg nicht aufzwingen. Das deutsche Recht gibt der Satzung mehr Freiheit.

Die in Frankreich notierte AG, die eine große Anzahl von Informationen online veröffentlichen muss, kann nicht einmal gegenüber ihren Namensaktionären einseitig über den Kommunikationskanal entscheiden. Der Aktionär muss der elektronischen Kontaktaufnahme zunächst per Textform einwilligen⁵⁰ und darf seine Zusage jederzeit widerrufen (Art. R. 225-63 C. com.). Die Norm scheint mithin Aktionäre schützen zu wollen, indem diese persönlich über den Versendungsweg der Einberufung zur HV entscheiden können. Vorrangig geht es jedoch darum der AG eine bessere Beweislage bei der Erfüllung ihrer Einberufungspflicht zu gewähren (Art. R. 225-69 C. com.), da die Beweislast bei demjenigen liegt, der sich von der Pflicht befreit sieht.⁵¹

Mithilfe einer großzügigeren Gesetzgebung, die der Satzung viel Spielraum lässt,⁵² haben einige wenige deutsche Aktiengesellschaften versucht, den elektronischen Einberufungsversand bei Inhabern von Inhaberaktien durchzusetzen.⁵³ Diese von der Praxis selbst als „wenig aktionärsfreundlich“ bezeichnete Maßnahme musste aber darunter leiden, dass die Kreditinstitute für eine elektronische Weiterleitung nach § 128 Abs. I AktG organisatorisch noch nicht bereit waren.⁵⁴ Aktionäre werden in der Praxis eher aufgefordert sich selbst für den E-Versand anzumelden.

Da die Weiterleitung der Einberufung an die Inhaberaktionäre in Deutschland Tradition hat, neigen das deutsche Aktienrecht und die Gesellschaften mehr und mehr dazu, HV-bezogene

⁴⁹ Noack, BB 2003, 1394; Sasse, NZG 2004, 155; Hölter, § 126 AktG, § 8; Schmidt/Lutter § 126 AktG, § 15.

⁵⁰ Bis zu dem *Décret* N° 2011-1473 vom 9.11.2011 musste die Einwilligung schriftlich erteilt werden.

⁵¹ Und zwar die AG, *Cass. com.*, 10.11.2009, N° 05-15.809, *Coquelet*, Dr. sociétés, 2010, *comm.* 40.

⁵² § 121 Abs. IV AktG (namentlich bekannte Aktionäre), § 125 Abs. II AktG (Namensaktionäre sowie Aktionäre die eine Einberufung verlangen) und § 128 Abs. I AktG (Inhaberaktionäre).

⁵³ Die Jenaer Intershop Communications AG z. B., *Biedermann*, HV-Magazin, Praxis/2010, 42.

⁵⁴ *Zwissler*, HV-Magazin, Praxis/2010, 33.

Informationen den Aktionären direkt zu übermitteln.⁵⁵ Das Internet sollte in beiden Ländern aber verstärkt dazu genutzt werden, das sog. „*Pull and Push*“ Verhältnis, *i. e.* die Informationsbereitstellung und Informationsübermittlung, zu Gunsten der direkten Kommunikation zu steuern.

II. Unzureichende Beschleunigung der Kommunikation

In Frankreich wie in Deutschland hat die Einbeziehung der IKT ins Aktienrecht den Kalender der HV nicht umgestoßen. Die Fristberechnung bei Mitteilungen an die AG im Rahmen der Ausübung von Aktionärsrechten wurde jedoch geändert. Der Gesellschaft werden jetzt vor allem Eingangsfristen gewährt um die Einhaltung ihrer daraus resultierenden Kommunikations- und Informationsverpflichtungen besser koordinieren zu können. Mitteilungen der Aktionäre an die AG müssen somit nicht mehr zu einem bestimmten Zeitpunkt abgesendet, sondern eingegangen sein. Nur wenn die Aktionäre ihre Rechte auf dem elektronischen Weg ausüben, wird ihnen also faktisch mehr Zeit gegeben. Im Einklang mit der europäischen Harmonisierung profitieren dadurch nicht zuletzt ausländische Aktionäre. Diese sind dennoch mit einem schwer überschaubaren Rechtsrahmen konfrontiert, wie sich am Beispiel der Veröffentlichungspflichten der AG bei der Einberufung der HV veranschaulichen lässt.

1. Termine und Fristen bei Veröffentlichungen der Gesellschaft

Das deutsche Recht verknüpft feste Fristen und Termine mit zeitbezogenen Adverbien und Adjektiven,⁵⁶ die der AG eine gewisse Flexibilität bei der Erfüllung ihrer Veröffentlichungs- und Kommunikationspflichten gewähren.

Der *Code de commerce* fügt die Anforderungen der Aktionärsrechterichtlinie zu dem fest verankerten, dennoch oft missverstandenen, dualen Einberufungssystem hinzu. Bei börsennotierten Gesellschaften muss in Frankreich zunächst ein sog. *Avis de réunion* spätestens 35 Tage vor der HV beim BALO veröffentlicht werden (Art. R. 225-73 C. com.). Diese Mitteilung gilt nach europäischem Recht als Einberufung der HV. Spätestens 15 Tage vor der HV müssen alle Aktiengesellschaften einen sog. *Avis de convocation* beim BALO veröffentlichen, der die endgültige Fassung der Beschlussvorlage des Vorstandes und

⁵⁵ Selbst die deutsche Rechtsprache wurde durch die Einführung neuer Begriffe wie Mitteilung (RegE NaStraG, BT-Drs. 14/4051, S. 12) und Übermittlung (RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.1.2009, S. 31) modernisiert.

⁵⁶ § 124a AktG: „alsbald nach“; § 125 Abs. I AktG: „unverzüglich“, „mindestens“.

Verlangen der Aktionäre in die Tagesordnung ggf. miteinzubeziehen hat (Art. R. 225-69 C. com.). Seit der Aktionärsrechterichtlinie sind börsennotierte Gesellschaften zudem verpflichtet, eine Einberufung auf ihrer Internetseite spätestens 21 Tage vor der HV zu stellen, die diese endgültige Fassung der Tagesordnung beinhaltet (Art. R. 225-73-1 C. com.). Das französische Recht setzt also zwei Fristen für die Veröffentlichung der gleichen Tagesordnung, eine für den BALO – der in der Praxis nur noch online veröffentlicht wird – sowie eine für die Internetseite der AG. Trotz aller Warnungen der Praxis hat mithin die französische Regierung⁵⁷ durch die Verpflichtung der Veröffentlichung auf der Internetseite das Datum der Festlegung der endgültigen Tagesordnung bei börsennotierten Gesellschaften um sechs Tage vorverlegt.

Angesichts solcher Schwierigkeiten wurden andere Maßnahmen der Aktionärsrechterichtlinie erst gar nicht umgesetzt. Für Gesellschaften, die eine Stimmabgabe auf elektronischem Weg anbieten, eröffnet die Aktionärsrechterichtlinie die Möglichkeit, kürzere Einberufungsfristen vorzusehen.⁵⁸ Diese Regelung wurde weder in Frankreich noch in Deutschland umgesetzt, obwohl sie für Gesellschaften, die ausschließlich Namensaktien emittieren, von Vorteil wäre. Gleichzeitig wird der E-Versand der Einberufung und der HV-bezogenen Unterlagen nicht einmal bei den verkürzten Fristen im Rahmen eines Übernahmeangebots gesetzlich gefördert.⁵⁹

2. IKT und Termine bei der Ausübung von Aktionärsrechten

Aktionäre, die ihre Rechte gegenüber der AG auf elektronischem Weg ausüben, verfügen jetzt über mehr Zeit als die Aktionäre, die bei der schriftlichen Kommunikation bleiben.

a. Bei Mitteilungen an die Gesellschaft

Jahr für Jahr haben Aktienrechtsnovellen Eingangsfristen zu Gunsten der AG eingeführt. So müssen z. B. in Deutschland Ergänzungsverlangen der Aktionäre spätestens 24 Tage, bei notierten Gesellschaften 30 Tage vor der HV bei der AG eingehen. Seit 2006 muss in Frankreich die AG bspw. nur noch auf schriftliche Fragen von Aktionären antworten, wenn

⁵⁷ *Décret* N° 2010-684 vom 23.6.2010 (JORF n° 145, 25.6.2010, S. 11450); s. ANSA, N° 11-005, 01-2011 und N° 05-038, 8.7.2005, S. 3.

⁵⁸ 14 statt 21 Tage vor der HV, Art. 5 § 1 Abs. 2 der Aktionärsrechterichtlinie.

⁵⁹ Siehe § 16 IV WpÜG, Art. R. 255-69 C. com.

sie ihr spätestens zum vierten Tag vor dem Tag der HV zukommen.⁶⁰ Schriftliche Fragen müssen in Deutschland faktisch auch zu einem bestimmten Zeitpunkt ankommen, da die Mindestdauer einer Veröffentlichung der Antworten im Internet vor der HV sieben Tage beträgt.⁶¹

Außerdem wurden in Frankreich traditionelle Einsendefristen durch Eingangsfristen ersetzt. Seit 2010 müssen z. B. Ergänzungsverlangen nicht mehr bis zum 25. Tag vor dem Tag der HV übersendet werden, sondern an diesem Tag bei der AG eingegangen sein.⁶²

Dieser Wechsel bei der Fristberechnung von Mitteilungen der Aktionäre an die AG kann unterschiedlich aufgefasst werden. Einerseits kann angenommen werden, dass die Fristberechnung im Vorfeld der HV derart anspruchsvoll ist, dass ohne die Sicherheit von Eingangsterminen gewisse Abläufe nicht erfolgen können. Andererseits kann diese neue Berechnungsweise als eine Forderung des elektronischen Weges verstanden werden, da hier das Einsenden und der Eingang einer Information beinahe gleichzeitig erfolgen. Vor diesem Hintergrund wäre es nicht überraschend, wenn die elektronische die schriftliche Kommunikation bald vollständig ersetzen würde.

b. Bei der Stimmabgabe

Zwischen 1983 und 2002 durfte die französische Briefwahl bzgl. der Beschlussvorlagen nur per Post erfolgen. Wegen der bekannten Bearbeitungszeit der Papierformulare wurde auch für die Online-Briefwahl ein Zugang der Stimmabgabe vor der HV vorgesehen. Die Praxis hat sich von vornherein für eine Empfangsfrist (und keinen Einsendeschluss) der Online-Briefwahlformulare am Vortag der HV um 15 Uhr eingesetzt. Dies wurde entsprechend in Art. R. 225-77 C. com. umgesetzt.⁶³ In der Praxis wird sogar darüber diskutiert, diesen Termin vorzuverlegen (bis zu drei Tage vor dem Tag der HV wie beim schriftlichen Briefwahl), um das Ergebnis der Wahl so früh wie möglich kontrollieren zu können.⁶⁴ Diese Regelung müsste jedoch gestrichen und den Aktionären die Möglichkeit gegeben werden, die Frist der Stimmabgabe satzungsmäßig festzulegen.

⁶⁰ *Décret* N° 2006-1566 vom 11.12.2006 (JORF 12.12.2006, S. 18762).

⁶¹ Diese müsste verkürzt, beziehungsweise aus § 124a AktG gestrichen und der Satzung überlassen werden.

⁶² *Décret* N° 2010-1619 vom 23.12.2010 (JORF 26.12.2010, S. 22701).

⁶³ *Décret* N° 2002-803 vom 3.5.2002 (JORF, N° 105, 5.5.2002, S. 8718).

⁶⁴ Meistens ist die benötigte Mehrheit in der Tat dank der Briefwahlstimmen schon vor der HV erreicht; Konferenz *Afti*, *Votaccess* : Trois ans de mise en œuvre, Paris, 8.6.2014.

Im Gegensatz zum französischen Recht sieht das deutsche Aktienrecht keine gesonderten Fristen für die Ausübung des Stimmrechts auf elektronischem Weg vor.⁶⁵ Die Entscheidung wird in der Satzung getroffen oder sogar erst in der Einberufung zur HV angegeben. Aus diesem Grund können Aktionäre einiger deutscher Gesellschaften bis zum Ende der Generaldebatte online abstimmen.⁶⁶ Die Stimmabgabe in Abwesenheit darf quasi in Echtzeit erfolgen und hängt mithin nicht von einer Online-Teilnahme ab, die Gegenstand von strengeren Regelungen ist.

⁶⁵ Die im Aktiengesetz erwähnten Fristen sind grundsätzlich an die klassischen Fristen geknüpft.

⁶⁶ Wie bei folgenden Dax-Unternehmen: Siemens AG, München Rück AG, Infineon AG, HeidelbergCement AG, Deutsche Telekom AG, Deutsche Post AG, Deutsche Börse AG, Daimler AG, Beiersdorf AG; der Einsendeschluss der Stimmen orientiert sich i.d.R. an dem, der für die Weisungserteilung an den Stimmrechtsvertreter der AG festgelegt ist; s. unten, „Fernabstimmung und Weisungserteilung“, s. unten, S. 439.

§ 3 Fernabstimmung und Fernteilnahme an der Hauptversammlung

Die europäische Aktionärsrechterichtlinie kündigte eine anspruchsvolle Harmonisierung an: „Es sollte keine rechtlichen Hindernisse für Gesellschaften geben, ihren Aktionären die Teilnahme an der Hauptversammlung auf elektronischem Wege zu ermöglichen“. ⁶⁷ Der Widerstand der Aktiengesellschaften ist jedoch größer als erwartet. Es ist in der Tat nicht selbstverständlich, dass Gesellschaften Geld und Mittel für Aktionäre einsetzen, die nicht am Ort der HV auftreten können oder möchten. ⁶⁸

Das deutsche Aktienrecht unterscheidet seit dem ARUG 2009 zwischen der Online-Teilnahme (§ 118 Abs. I AktG) und der Briefwahl (§ 118 Abs. II AktG). Die Online-Teilnahme wird theoretisch der Anwesenheit auf der Hauptversammlung gleichgestellt und findet somit zur selben Zeit wie diese statt. Die Stimmabgabe per Briefwahl kann schriftlich sowie elektronisch erfolgen, im letzten Fall möglicherweise bis zum Ende der Debatten der HV. Die Satzung kann aber den Vorstand ermächtigen über das „Ob und Wie“ zu entscheiden.

Der *Code de commerce* unterscheidet seit 2001 zwischen der Briefwahl (Art. L. 225-107 Nr. I C. com.) und der Teilnahme an der HV in Abwesenheit per Videokonferenz oder Telekommunikationsmittel (Art. L. 225-107 Nr. II C. com.). Die im Gesetz genannte Briefwahl (*vote par correspondance*) erfolgt jedoch nicht elektronisch, sondern ausschließlich schriftlich (und per Brief). Der Punkt II stellt die einzige gesetzliche Grundlage für die Teilnahme in Abwesenheit (*participation à distance*) sowie für die reine Stimmabgabe auf elektronischem Weg (*vote à l'écran*) dar, die aus praktischen Gründen auch „elektronische Briefwahl“ genannt wird.

Die HV ist das wichtigste Organ zur Kontrolle der Führung der AG. Das vom Gesetzgeber etablierte Gleichgewicht setzt allerdings voraus, dass die Aktionäre ihre Macht in der HV ausüben. Die alleinige Ausübung des Stimmrechts wird sich dank Online-Plattformen höchstwahrscheinlich stark verbreiten. Sie ersetzt aber die gewissenhafte Kontrolle nicht, die

⁶⁷ Erwägungsgrund 9 der Aktionärsrechterichtlinie 2007/36/EU vom 11.07.2007.

⁶⁸ Unterschiedliche Hauptversammlungskulturen sind sogar zwischen Wirtschaftssektoren zu verzeichnen. Lange haben z. B. Gesellschaften der Automobilindustrie den Einsatz des elektronischen Weges verweigert. Einige Satzungen der fortgeschrittensten Unternehmen der Welt verweisen sogar noch auf eine Einberufung per Telegramm, obwohl die Technologie seit Jahrzehnten nicht mehr einsetzbar ist. Dagegen sind Gesellschaften in der Banken- und Versicherungsbranche die Ersten, die jede Modernisierung umsetzen.

nur im Rahmen einer effektiven Teilnahme an der HV möglich ist. Obwohl die technischen Hindernisse jetzt zum größten Teil überwunden sind, bleiben die juristischen bestehen.

A) Die Ausweitung der Online-Abstimmung

Die Briefwahl ermöglicht dem Aktionär an der Abstimmung über Beschlussvorlagen ohne physische Anwesenheit in der HV teilzunehmen. Während Briefwahlformulare in Frankreich seit Jahrzehnten Gegenstand von technischen Normen sind, die ihre Form festlegen, orientiert sich die deutsche Praxis an den Formularen der Stimmrechtsvertretung. Das französische Formular sieht für jede Beschlussvorlage ein einziges nummeriertes Feld vor. Kreuzt der Aktionär dieses Feld an, stimmt er gegen die Beschlussvorlage des Vorstandes. Kreuzt der Aktionär dieses Feld nicht an, stimmt er für die Beschlussvorlage.⁶⁹

Trotz aller Möglichkeiten der Interaktivität einer Online-Abstimmung wird dem Aktionär kaum mehr Spielraum angeboten. Der Cyber-Aktionär kann für alle Beschlussvorlagen mit „Ja“ oder „Nein“ abstimmen, darf sich aber trotz aller Kritiken nicht enthalten.⁷⁰ Der Erfolg des Finanzplatzes Paris ist zuletzt auf die Einrichtung der integrierten Online-Plattform *Votaccess*, die die größten Depotbanken Frankreichs miteinbezieht, zurückzuführen. Seit 2012, fast 30 Jahre nach Einführung der schriftlichen Briefwahl, können Inhaberaktionäre über das Onlineportal ihrer Depotbank Briefwahlformulare ohne zusätzliche Identifikationsanforderungen versenden. Die Stimmabgabe auf elektronischem Weg beschränkt sich allerdings auf eine Abstimmung im Vorfeld der Hauptversammlung.

Die Briefwahl in Echtzeit, die in Deutschland eine immer breitere Akzeptanz findet, bezieht den Aktionär persönlicher mit ein. Sie ermöglicht eine direkte Abgabe der Stimmen. Sie steht grundsätzlich in direkter Konkurrenz zur Stimmrechtsvertretung, stellt deren Berechtigung aber wegen der im Zuge der IKT vereinfachten direkten Stimmabgabe zunehmend in Frage.

⁶⁹ Sinn und Zweck dieser vereinfachten Abstimmungsmethode ist, dass der Aktionär keine Beschlussvorlage vergisst, da eine vergessene oder unterlassene Stimmabgabe wie in der HV als Enthaltung gelten müsste, die nach französischem Recht als Gegenstimme zählt. Die Praxis fürchtet, dass sich der Aktionär bei jeder Beschlussvorlage enthält, die er als unverständlich betrachtet. Dieses Formular ermöglicht, dass solche Enthaltungen als Zustimmung der Beschlussvorlage des Vorstandes gerechnet werden. Für die Beschlussvorlagen der Aktionäre, die nicht vom Vorstand genehmigt wurden, sind allerdings zwei Felder („JA“ und „NEIN“) vorgesehen, damit der Aktionär diese nicht durch Unterlassung zustimmt.

⁷⁰ AMF, *Rapport 2015*, 11.02.2015, S. 34.

I. Der Erfolg der Briefwahl im Vorfeld der Hauptversammlung

Das Verfahren der Briefwahl hängt von der Aktienart ab. Wegen der Identifikationsschwierigkeiten ist die Fernabstimmung bei Inhaberaktien eine erheblich größere Herausforderung als bei Namensaktien.

1. Die Abstimmung bei Namensaktien

In Frankreich kann jeder Namensaktionär einen Briefwahlzettel (*formulaire VPC*) direkt per Post an die von der AG in der Einberufung angegebene Adresse senden. In Deutschland muss die Briefwahl zunächst in der Satzung vorgesehen sein. In beiden Ländern ist die satzungsmäßige Übermittlung von Stimmen auf elektronischem Weg für Namensaktionäre relativ einfach. Als Identifikationsmerkmal trägt der Aktionär eine Nummer auf der Internet-Plattform ein, die ihm zuvor von der AG mitgeteilt wurde. Solche Plattformen werden in Frankreich in der Regel von dem Kreditinstitut angeboten, das die technischen Maßnahmen der HV koordiniert (*centralisateur de l'assemblée générale*). In Deutschland werden sie in der Regel von technischen Dienstleistern bereitgestellt. Insgesamt unterscheiden sich die Prozeduren für den Namensaktionär nicht.

2. Die Lösung des Finanzplatzes Paris bei Inhaberaktien

In Deutschland haben Inhaberaktionäre selten Zugang zu der ggf. vorhandenen Online-Abstimmungsplattform.⁷¹ Selbst wenn eine Online-Plattform vorgesehen ist, erhalten sie Zugang nur über eine Identifikationsnummer auf der Eintrittskarte, die sie zunächst über ihre Depotbank beziehen müssen. Dies stellt eine zusätzliche praxisuntaugliche Hürde dar.

Dafür erlauben einige Gesellschaften unabhängig von der Aktiengattung, die Übersendung von Briefwahlformularen per Telefax oder Email,⁷² was das französische Recht verbietet. Wie bei der Ausübung anderer Rechte muss zum Briefwahlformular eine Bescheinigung der Kontoeintragung vom zuständigen Kreditinstitut hinzugefügt werden. Es bleibt abzuwarten, inwiefern sich Kreditinstitute dazu bereit erklären werden, zusätzlich zu den Anfragen von Eintrittskarten tausende von Briefwahlformularen an die Aktiengesellschaften weiterzuleiten.

⁷¹ BMW AG St, Heidelberg Cement AG, z. B.

⁷² Infineon AG (Namensaktien), Beiersdorf AG (Inhaberaktien).

Der Inhaberaktionär einer französischen AG sendet sein Briefwahlformular traditionell per Post an sein Wertpapiere verwaltendes Kreditinstitut. Dem Formular wird eine Bescheinigung über die Kontoeintragung der stimmrechtsberechtigten Aktien beigelegt und per Post an die AG weitergeleitet. Das Formular kann auch vom Kreditinstitut eingescannt (*vote numérisé*) und dem *Centralisateur de l'assemblée* (ein von der AG bevollmächtigtes HV-spezialisiertes Unternehmen) über das Bankentelekomunikationsnetz zugesandt werden.

Wenn die französische AG die Dienste der übergreifenden Internet-Plattform *Votaccess* angenommen hat, erfolgt die Online-Abstimmung selbst für Inhaberaktionäre ohne Schwierigkeiten. Der Aktionär braucht sich dann nur auf der Online-Banking Seite seines Kreditinstituts zu identifizieren, auf der er sein Aktienportfolio üblicherweise verwaltet. Auf der Seite des Kreditinstituts wird er auf künftige Hauptversammlungen hingewiesen und ggf. auf *Votaccess* weitergeleitet, wo er sein Stimmrecht mithilfe eines Bildschirmformulars ausüben kann (*vote à l'écran*). Die Bescheinigung der Kontoeintragung und somit die Identifizierung des Aktionärs erfolgt automatisch zwischen dem Kreditinstitut und der Plattform. Diese überträgt die Stimmen und Bescheinigungen über das Bankentelekomunikationsnetz schließlich an den *Centralisateur*, i. e. an die AG.

II. Vom Nutzen der Weisungserteilung über das Internet

Die Aktionärsrichtlinie legt die Vertretung des Aktionärs absichtlich weit aus, so dass die Rechte des Aktionärs nicht auf das Stimmrecht beschränkt sind, sondern alle Rechte in der HV miteinbezogen werden.⁷³ Das ist im französischen und deutschen Recht auch der Fall, wobei sich die Vertretung in der Praxis meistens auf die Ausübung des Stimmrechts begrenzt. Da die Weisungserteilung bis 2009 in Deutschland die einzige Abstimmungsmöglichkeit in Abwesenheit war, ist die Praxiserfahrung beider Länder sehr unterschiedlich.

1. Unterschiedliche Rechte, unterschiedliche Formulare

Die Stimmrechtsvertretung ermöglicht Weisungen, die in der HV ausgeführt werden, an einen anderen Aktionär, an den Lebenspartner oder Ehegatten, sowie in Deutschland an den von der AG ernannten Bevollmächtigten zu erteilen. Nach dem Beispiel des deutschen Rechts sieht

⁷³ Vorschlag für eine Richtlinie, KOM/2005/0685 - COD 2005/0265.

die Aktionärsrechterichtlinie eine Weisungserteilung an Dritte vor, die in Frankreich erst 2010 eingeführt wurde.⁷⁴

In Frankreich werden dem Vorsitzenden der HV traditionell keine Weisungen erteilt. Jeder Aktionär kann sich seit 1983 der Briefwahl bedienen, wobei für jeden Tagesordnungspunkt abgestimmt werden kann. Die französische Stimmrechtsvertretung durch den Vorsitzenden der HV (*pouvoirs au président de l'assemblée*) gleicht einer gesamten Bejahung der vom Vorstand genehmigten Beschlussvorlage und eine gleichzeitige Ablehnung der anderen Beschlussvorlage. Im Gegensatz zur deutschen Praxis kann somit der Aktionär in Frankreich weder mit dem Papierformular noch auf der Internet-Plattform *Votaccess* dem Stimmrechtsvertreter der AG eine detaillierte Weisungserteilung übermitteln.

Die Weisungserteilung ist in Deutschland stärker integriert und sogar von den Aktiengesellschaften selbst institutionalisiert. Sie kann im Vorfeld der HV und auf elektronischem Weg während der HV stattfinden. Diese Lösung wurde recht früh von der deutschen Praxis entwickelt, da eine Briefwahl bis 2009 ausgeschlossen war. Fraglich ist, ob die Fernabstimmung und die Abstimmung im Wege der Weisungserteilung wirklich komplementär sind.

2. Fernabstimmung und Weisungserteilung

Punkt 2.3.2 des Deutschen *Corporate Governance* Kodex (DCGK) fordert notierte Aktiengesellschaften auf, „den Aktionären die persönliche Wahrnehmung ihrer Rechte und die Stimmrechtsvertretung [zu] erleichtern“. Der Kodex hat eine vergleichbare Forderung in Bezug auf die Briefwahl aufgrund der Zurückhaltung der Praxis zurückgenommen. Fraglich war und bleibt, inwiefern eine von der AG verwaltete Stimmrechtsvertretung nützlich ist, wenn die Möglichkeit der Briefwahl gegeben ist.⁷⁵ Beide Abstimmungsverfahren sind in der

⁷⁴ Art. 3 *Ordonnance* N° 2010-1511 vom 9.12.2010 (JORF 10.11.2010, S. 21612).

⁷⁵ „Sofern die Gesellschaft Briefwahl anbietet, ist der von der Gesellschaft benannte Stimmrechtsvertreter nicht mehr notwendig. Allerdings empfiehlt der DCGK in Ziff. 2.3.3 Satz 3 weiterhin, dass der Vorstand für einen gesellschaftsbenannten Vertreter zur weisungsgebundenen Stimmrechtsausübung sorgen soll. Folglich dürfte es weiterhin zu einem Doppelangebot kommen. Die nächste Revision des DCGK sollte hier für mehr Flexibilität sorgen und ein Alternativverhältnis vorsehen“, *Arnold et al.*, AG 2011, 357; „Im Kodex müsste die Formulierung in Ziff. 2.3.3 dazu nur geringfügig angepasst werden: Die Gesellschaft soll den Aktionären die persönliche Wahrnehmung ihrer Rechte erleichtern. Auch bei der Briefwahl oder der Stimmrechtsvertretung soll die Gesellschaft die Aktionäre unterstützen. Der Vorstand soll die Möglichkeit der Briefwahl anbieten oder für die Bestellung eines Vertreters für die weisungsgebundene Ausübung des Stimmrechts der Aktionäre sorgen“, *Mörlein*, AG 2012, R62.

Tat für den Aktionär praktisch identisch. Die Regierungskommission hat sich allerdings gegen die Möglichkeit entschieden, eine Abstimmungsvariante zu bevorzugen.⁷⁶

Die Aktionärsrechterichtlinie betont, dass eine gute Unternehmensführung „reibunglose und wirksame Verfahren für die Stimmrechtsvertretung“ erfordere.⁷⁷ Dennoch wird die interne Stimmrechtsvertretung wahrscheinlich zu Gunsten der Briefwahl zurückweichen.⁷⁸

III. Die Zurückhaltung bei der Fernabstimmung in Echtzeit

Die Betrugsvorwürfe bei dem Einsatz von – juristisch unbedenklichen – elektronischen Abstimmungsgeräten in der HV der *Vivendi SA* im April 2002, elf Tage vor Inkrafttreten der Durchführungsverordnung der *Loi NRE*, haben in Frankreich die Einführung der Fernabstimmung in Echtzeit bis heute beeinträchtigt. Die Vorteile der Teilnahme in Echtzeit sind jedoch erheblich. Dabei kündigen neue mobile Kommunikationswege neue Herausforderungen an.

1. Die Fernabstimmung in Echtzeit

Während die Abstimmung in Echtzeit in Frankreich der effektiven Fernteilnahme überlassen ist,⁷⁹ lässt das deutsche Aktiengesetz einen großen Spielraum bei der Ausgestaltung der Briefwahl. Briefwahlformulare in Papierform sollten selbstverständlich vor der HV ankommen. Es ist hingegen eindeutig, dass auf elektronischem Weg übertragene Formulare (soweit die jeweilige Satzung dies zulassen würde) auch noch während der HV ankommen können, da sie automatisiert verarbeitet werden. Die Verbreitung der Stimmabgabe in Echtzeit ist die Voraussetzung für eine sinnvollere Berücksichtigung der einzelnen Aktionäre. In- und ausländische Aktionäre können die Übertragung der HV im Internet verfolgen und ihre Entscheidung erst am Ende der Debatte zwischen den Aktionären und dem Vorstand fällen. Die Online-Abstimmung bietet somit einen stärkeren Bezug zu den Ereignissen der HV und eine effizientere Aktionsfähigkeit. Sie ist die erste Etappe zu einer voll integrierten Fernteilnahme an der HV.

⁷⁶ „Dem Vorschlag aus der Anhörung, Unterstützung bei der Stimmrechtsvertretung und Briefwahl alternativ anbieten zu können, hat sich die Kodex-Kommission nach intensiver Diskussion nicht angeschlossen“, *Ringleb et al.*, NZG 2012, 1083.

⁷⁷ Erwägungsgrund N° 10 der Richtlinie 2007/36/EU vom 11.07.2007.

⁷⁸ „Vor diesem Hintergrund braucht es keiner prophetischen Gabe, den Siegeszug der Briefwahl unter den verschiedenen Formen der ‘Teilnahme auf Distanz’ vorherzusagen“, *Mutter/Pernfuß*, AG 2009, R6.

⁷⁹ Siehe unten, „Teilnahme des Cyber-Aktionärs“, S. 442.

2. Die Stimmabgabe per Mobiltelefon

Das Verhalten der Aktionäre bei der HV ist nicht immer rational. Die AG muss vorbereitet sein, um auf mögliche Konflikte bei der Stimmabgabe über verschiedene Kanäle reagieren zu können. So kommt es vor, dass Aktionäre, die schon per Briefwahl abgestimmt haben, persönlich am Tag der HV anwesend sind.⁸⁰ Andere verlassen den Raum der Versammlung nach den Reden der Vorstandsmitglieder und stimmen dann online ab, um sich die beschwerliche Debatte zu ersparen.⁸¹ Der mobile Internetzugang ermöglicht es dem Aktionär theoretisch vor Ort mit seinem Handy online und noch einmal mit einem von der AG bereitgestellten Abstimmungsgerät abzustimmen. Einige Gesellschaften bieten bezüglich der HV schon Applikationen für Mobilgeräte an, die früher oder später eine Briefwahlabstimmung ermöglichen werden.⁸² Neue Prioritätsfragen müssen somit von der AG in der Einberufung zur HV geklärt werden.⁸³

Die Anwesenheit des Aktionärs im Präsenzbereich der HV muss die Stimmabgabe und Teilnahme auf elektronischem Weg (Briefwahl sowie der Online-Teilnahme)⁸⁴ technisch unterbinden. Alternativ wäre es möglich, die jeweilige Applikation der AG im Präsenzbereich der HV als einziges Abstimmungsgerät zuzulassen, z. B. über das WLAN-Netzwerk des Präsenzbereichs.

⁸⁰ Briefwahlstimmen und Weisungen werden dann als ungültig betrachtet; „Auflösend bedingte Erklärung“, Arnold et al., AG 2011, 359.

⁸¹ Klewno, HV-Magazin 2012, 42.

⁸² Applikationen können auch eine Live-Übertragung der HV mit Untertiteln in fremder Sprache anbieten, sowie ein Chat unter Aktionären und/oder mit dem Back-Office der HV.

⁸³ „Die Gesellschaft sollte in angemessenem Umfang vorsehen, dass derartige Konstellationen bei der Eingangs- und Ausgangskontrolle erfasst und im Steuerungssystem hinterlegt werden. Allerdings darf hier der Maßstab nicht überspannt werden: Es liegt in der Verantwortung des Aktionärs, seine Stimme in eindeutiger Weise abzugeben.“ in: Arnold et al., AG 2011, 359.

⁸⁴ Also nach § 118 Abs. I und Abs. II AktG; und nach Art. L. 225-107 II i.V.m. Art. R. 225-61 C. com.

B) Die Beschränkung der Teilnahmerechte des Aktionärs

Die Einführung der Briefwahl ins französische Recht 1983 war kein Anstoß zur erhöhten Teilnahme an der kollektiven Beschlussfassung. Vielmehr diente sie der rechnerischen Einhaltung von gesetzlich vorgesehenen Quoren. In diesem Sinne kristallisiert sich durch die 2001 eingeführte Absenkung der Quoren die brisante Erkenntnis heraus, dass allein die Möglichkeit der Fernabstimmung die Teilnahme an der HV nicht ausreichend zu erhöhen vermag.⁸⁵ Andere Teilnahmemöglichkeiten in Abwesenheit mussten mithin entwickelt werden. Das deutsche Aktienrecht ist weniger nach Quoren ausgerichtet. Erst mit dem ARUG 2009 wurde die Stimmabgabe in Abwesenheit, die sich traditionell auf die Stimmrechtsvertretung begrenzte, auf die Briefwahl erweitert. Die sog. Präsenzversammlung, die die Anwesenheit des Aktionärs oder eines Vertreters für die Ausübung seiner Rechte in der HV voraussetzte, wurde abgeschafft, ohne die juristische Teilnahme an der HV grenzenlos zu erweitern.

Die Erweiterung der Teilnahmemöglichkeit durch die Einführung der Online-Teilnahme wurde jedoch zum Anlass genommen, die Teilnahmerechte der Aktionäre sowohl gesetzlich als auch in der Praxis zu beschränken.

I. Die Vorteile der Online-Teilnahme

Die „Teilnahme“ an der HV wird in Frankreich rechtlich anders gewertet als in Deutschland. Während im deutschen Schrifttum von einer „Online-Teilnahme“ die Rede ist, spricht man in Frankreich von einer „effektiven Fernteilnahme per Videokonferenz oder per Telekommunikationsmittel“. Beide Rechtsinstitute sind funktional äquivalent, unterscheiden sich jedoch bzgl. der Definition der Teilnahme, deren Umfang und Rechtsfolgen.

1. Teilnahme des Cyber-Aktionärs

Nach deutschem Recht gelten nur diejenigen Aktionäre als „Teilnehmer“, die in der HV präsent sind oder an der HV online teilnehmen i.S.v. § 118 Abs. I AktG. Die Aktionäre, die die Briefwahl nutzen (§ 118 Abs. II AktG), gelten in Deutschland nicht als Teilnehmer der HV und sind nicht in der Teilnehmerliste eingetragen. Einige Aktionärsrechte, die an die

⁸⁵ „Die Absenkung der Quoren der ordentlichen Hauptversammlungen erscheint keine aufschlussreiche Maßnahme zu sein; sie wird wahrscheinlich schnell auf die gleichen Hindernisse stoßen, die jetzt auftreten.“ in: *Sénat, Rapport Marini*, 29.6.2005.

Teilnahme knüpfen, wie bspw. die Anfechtungsbefugnis oder das Auskunftsrecht, werden ihnen dadurch verwehrt. Das deutsche Recht hat mit dem ARUG zwei Aktionärsklassen geschaffen. Paradoxe Weise könnte die Einführung der Briefwahl, die auch auf elektronischem Wege und damit in der Praxis leicht durchführbar ist, zu einer Verschlechterung des Aktionärsstatuts führen. Durch diese Unterscheidung wird allerdings betont, dass die Hauptrolle des Aktionärs in der aktiven Teilnahme an der HV liegt. Womöglich ist die Einführung der elektronischen Briefwahl nur eine Umsetzung des Art. 8 § 1 der Aktionärsrechterichtlinie, der den Gesellschaften mindestens eine von drei elektronischen Teilnahmemöglichkeiten aufzwingt.⁸⁶

In Frankreich sind gemäß Art. L. 225-107 Nr. II C. com. auch diejenigen Aktionäre in der Berechnung der Quoren und der Mehrheit mitzuzählen, die an der HV per Videokonferenz oder elektronischem Telekommunikationsmittel teilnehmen. Diese Berechnung bezieht sich zwar ausschließlich auf die Abstimmung, die Norm umfasst jedoch nicht nur die Fernabstimmung, sondern auch die effektive Fernteilnahme.⁸⁷ Die Ausübung der Aktionärsrechte ohne physische Anwesenheit in der HV wird redundant als die „effektive Teilnahme der Aktionäre, die per Videokonferenz oder per Telekommunikationsmittel teilnehmen“, dargestellt.⁸⁸ Es wird aber kein Bezug auf die Ausübung der Aktionärsrechte genommen. Die Rechtsfolgen einer effektiven Fernteilnahme an der HV sind nicht im Gesetzestext erwähnt. Da die Praxis nicht zuletzt wegen der Warnungen von Vereinigungen eine effektive Fernteilnahme stets ausschließt,⁸⁹ werden solche Fragen im Schrifttum nicht ausdiskutiert.

2. Stimme, Bild und Teilnahme an der Hauptversammlung

In Deutschland sieht § 118 Abs. I AktG vor, dass Aktionäre „sämtliche oder einzelne ihrer Rechte ganz oder teilweise im Wege elektronischer Kommunikation ausüben können“. 2013 hatte nur eine AG ihren Aktionären ermöglicht per Videokonferenz an der HV und somit an den Generaldebatten teilzunehmen.⁹⁰ Die SAP AG und die Münchener Rück AG bieten auch

⁸⁶ Art. 8 § 1 Aktionärsrechterichtlinie: „a) eine Direktübertragung der Hauptversammlung; b) eine Zweiweg-Direktverbindung, die dem Aktionär die Möglichkeit gibt, sich von einem entfernten Ort aus an die Hauptversammlung zu wenden; c) ein Verfahren, das die Ausübung des Stimmrechts vor oder während der Hauptversammlung ermöglicht, ohne dass ein Vertreter ernannt werden muss, der bei der Hauptversammlung persönlich anwesend ist“.

⁸⁷ Siehe unten: „Der Cyber-Aktionär im positiven Recht“, S. 446.

⁸⁸ Art. R. 225-97 C. com.

⁸⁹ ANSA, *Vade mecum*, n° 3104, 05.2002 (30.09.2007).

⁹⁰ Die EquityStory AG, die sich mit Videokonferenzsystemen beschäftigt... *Swiercz*, HV-Magazin 2013, 34.

eine Online-Teilnahme an der HV an, beschränken aber die Teilnahmerechte des Aktionärs auf die Stimmabgabe in Echtzeit. Als Teilnehmer der HV haben Cyber-Aktionäre aber auch Zugang zur Präsenzliste, die ihm u. a. ermöglicht, die Anzahl seiner Stimmrechte mit anderen Aktionären zu vergleichen. Allerdings wird ihnen die Eintragung von Beschwerden bzgl. des Auskunftsrechts in die Niederschrift i.S.v. § 134 Abs. V AktG verwehrt. Im Fall von technischen Störungen schließt § 243 Abs. III Ziff. 1 AktG eine Anfechtungsklage des Online-Teilnehmers gegen die Beschlüsse der HV aus, es sei denn, diese Probleme sind der AG grob fahrlässig oder vorsätzlich zuzurechnen. Interessanterweise wird es außerdem den Aktionären überlassen, einen „strengeren Verschuldensmaßstab“ in der Satzung festzulegen. Fraglich bleibt dennoch, ob die HV bis zur Wiederherstellung normaler Teilnahmebedingungen unterbrochen werden müsste.

In Frankreich ist die Rechtssicherheit der effektiven Fernteilnahme eher wackelig. Art. R. 225-99 C. com. besagt, dass lediglich technische Störungen bei dem Einsatz einer Videokonferenz oder von Telekommunikationsmitteln in die Niederschrift aufgenommen werden müssen, „die den Ablauf der HV beeinträchtigt haben“.

Die Fernteilnahme ist zudem Gegenstand von Normen, die mit den Normen für die Online-Teilnahme an den Sitzungen des Vorstandes oder des Aufsichtsrates identisch sind.⁹¹ Zwischen 2002 und 2006 war diese seltsame Nachahmung nicht problematisch. Die im Art. R. 225-97 C. com. einzig erwähnte Videokonferenz musste lediglich und logischerweise die Identifikation des Aktionärs ermöglichen und seine „effektive Teilnahme“ gewährleisten. 2006 wurden aber zu der Videokonferenz auch die Telekommunikationsmittel (*moyens de télécommunication*) hinzugefügt,⁹² die im Gesetz, jedoch nicht in den Durchführungsvorschriften aufgeführt waren, was unzutreffend als Versäumnis betrachtet wurde.⁹³ Seitdem wird zusätzlich vorausgesetzt, dass diese Mittel mindestens die Stimme des Aktionärs übertragen. Durch diese neuen Anforderungen, die absolut keine zusätzliche Sicherheit bei der Identifikation des Aktionärs bieten, wurde schließlich jede Hoffnung auf eine Teilnahme des Cyber-Aktionärs in Echtzeit über einfache Online-Plattformen bei großen Aktiengesellschaften zunichte gemacht.

⁹¹ Vgl. Art. L. 225-37 und L. 225-82 mit Art. L. 225-107 Nr. II C. com.; Art. R. 225-21 und R. 225-48 mit Art. R. 225-97 C. com.

⁹² *Décret* N° 2006-1566 vom 11.12.2006 (JORF 12.12.2006, S. 18762).

⁹³ ANSA, N° 06-008, 1.2.2006.

Eine effektive Teilnahme ist in der Tat nur im Rahmen einer Plattform zu gewähren, die sich nicht bis zur Videokonferenz erstreckt. Die Videokonferenz ist lediglich für Gesellschaften mit einem überschaubaren und ggf. internationalen Aktionärskreis wirklich von Vorteil. Bei großen HV mit mehreren tausend Aktionären ist der Mehrwert, der durch das Bild und den Ton des einzelnen Aktionärs entstehen könnte, eher gering. Die Ausübung des Auskunftsrechts in Echtzeit während der Debatten könnte auch in Textform gegenüber dem *Back-office* der HV effektiv erfolgen.

II. Die ungenaue Rechtsgrundlage der Teilnahme des Cyber-Aktionärs

Der französische Rechtsrahmen der Fernteilnahme an der HV ist unüberschaubar.⁹⁴ Art. L. 225-107 Nr. II C. com. stellt nach dem *status quo* die einzig denkbare gesetzliche Grundlage für alle Teilnahmevarianten in Abwesenheit auf elektronischem Weg dar. Damit liegt die Rechtsgrundlage der effektiven Fernteilnahme an der HV in einer Norm begründet, die sich eigentlich nur auf die Berechnung der Quoren und der Mehrheit bei der Abstimmung bezieht und sich von der schriftlichen Briefwahl inhaltlich und redaktionell deutlich abgrenzt. Die französischen Aktiengesellschaften haben von dieser Unsicherheit profitiert, um ihre eigenen Regeln bei der Nutzung des elektronischen Weges festzulegen. Bei der Gestaltung der Fernteilnahme wird dem Aktionär kaum Spielraum gewährt.

Es wurde den Durchführungsverordnungen überlassen, die Bedingungen der Fernteilnahme an der HV zu definieren. Allein die Begründung neuer Rechte würde allerdings die Entstehung eines neuen, spezifischen Rechtsrahmens rechtfertigen.

1. Der Cyber-Aktionär in der Aktiengesellschaft

Obwohl die französische Fernteilnahme und die deutsche Online-Teilnahme grundsätzlich der Satzung überlassen werden, liegt die Entscheidung des Einsatzes der IKT immer beim Vorstand. Im Gegensatz zum französischen Recht sieht das deutsche Recht diese Möglichkeit in § 118 Abs. I S. 2 AktG ausdrücklich vor. Die deutschen Satzungen verweisen somit grundsätzlich auf die Entscheidung des Vorstandes, die die Durchführbarkeit und den Nutzen einer Online-Teilnahme *in concreto* abwägen muss. Schließlich wird der Aktionär in beiden Ländern erst in der Einladung zur HV über die „Bedingungen“ einer Fernabstimmung oder

⁹⁴ „Ungeschickt“, *Germain*, in: *Teyssié*, S. 124; „ohne sich die juristische Frage zu stellen“, *Ducouloux-Favard*, in: *Guyon*, S. 362; „Angst vor Reformen“, *Aballeba/Cohen-Salmon*, S. 287; „unsichere Rechtsgrundlage“, „disparate Normen“, „ohne klarer Geltungsbereich“, *Linant de Bellefonds*, in: *Aubert*, S. 317.

Online-Teilnahme informiert. Die in Art. R. 225-66 C. com. erwähnten Bedingungen dürften aber nicht als restriktive Voraussetzungen verstanden werden. Sie verweisen lediglich auf die Vorgehensweise für die Stimmabgabe.⁹⁵

Von dieser relativen Unklarheit haben Gesellschaften profitiert und bestimmte Anforderungen an die Fernteilnahme festgesetzt.⁹⁶ Um die Plattform *Votaccess* nutzen zu können, mussten im Jahr 2012 die Aktionäre einiger AG über einen Mindestbesitz an Aktien verfügen, dessen Höhe oft nicht einmal in der Einladung zur HV angegeben war.⁹⁷ Zwar wird dem Aktionär die Ausübung seines Stimmrechts nicht grundsätzlich verwehrt,⁹⁸ diese Praxis verstößt jedoch gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 der Aktionärsrechterichtlinie. Danach muss die AG „für alle Aktionäre, die sich bei der Teilnahme an der HV und der Ausübung der Stimmrechte in der HV in der gleichen Lage befinden, die gleiche Behandlung sicherstellen“.⁹⁹ Auch die Beschränkung einer Teilnahmemöglichkeit nach der Dauer des Aktienbesitzes kann nicht ohne gesetzliche Grundlage angenommen werden.

2. Der Cyber-Aktionär im positiven Recht

Die französische Lehre nahm zunächst zurückhaltend an, dass die elektronische Briefwahl sowie die Fernteilnahme die traditionelle Briefwahl und Teilnahme vor Ort lediglich begleiten würden und dass kein neuer, eigenständiger Rechtsrahmen geschaffen wurde.¹⁰⁰ Der Gesetzgeber hat jedoch selbst angegeben, dass sich der Geltungsbereich der Norm weit über die Abstimmung erstreckt. Er beinhaltet auch die Nutzung von Telekommunikationsmitteln „für jede Phase der Hauptversammlung, insbesondere bei den Generaldebatten“.¹⁰¹

Der Gesetzgeber ist hier zu oberflächlich mit den IKT umgegangen. Es lässt sich feststellen, dass die eigene AktionärsGattung des Cyber-Aktionärs aus dem Eifer der Ministerien geboren wurde. Erst mithilfe einer umfangreichen Umgestaltung des Rechtsrahmens der Teilnahme an der HV wird der Begriff „Cyber-Aktionär“ seine Rechtfertigung verlieren können.

⁹⁵ Dies wird in Deutschland in § 121 Abs. III Ziff. 2 lit. b AktG präziser erläutert.

⁹⁶ Anders zu beurteilen ist die Unmöglichkeit einer Fernabstimmung aufgrund organisatorischer oder technischer Anforderungen, die ein Dritter (z. B. der Internetanbieter oder die Depotbank des Aktionärs) nicht entsprechen kann, ANSA, N° 3100, 7.11.2001.

⁹⁷ Bei vier von den fünf Gesellschaften, die zu diesem Zeitpunkt die elektronische Fernabstimmung ermöglichten.

⁹⁸ ANSA, N° 3100, 7.11.2001.

⁹⁹ Arnold *et al.*, AG 2011, 360; s. auch Kersting, NZG 04/2010, 121.

¹⁰⁰ Linant de Bellefonds, in: Aubert, S. 317; Germain, in: Teyslié, S. 124; ders., in: Linant de Bellefonds (*Études*), S. 210.

¹⁰¹ *Assemblée nationale, Rapport Besson*, 6.4.2000.

a. IKT und Aktienrecht

Das französische Recht der Teilnahme an der HV auf elektronischem Weg zeichnet sich durch zwei Eigenschaften aus: Erstens handelt es sich um dispositives Recht, zweitens kann es nur in Verbindung mit Verordnungen durchgeführt werden.

Als Norm dispositiver Natur findet Art. L. 225-107 Nr. II C. com. nur Anwendung, wenn die Satzung der AG es vorsieht. Die Freiheit der AG beschränkt sich damit allein darin, die Normanwendung zuzulassen oder auszuschließen. Aus der Zulassung der elektronischen Stimmabgabe ergibt sich kein Recht, diese nach Bedarf zu gestalten. Wenn die Satzung die Fernteilnahme genehmigt, finden eine Reihe von Normen Anwendung, die einen eigenständigen Rechtsrahmen bilden.

Da Art. L. 225-107 Nr. II C. com. durch das Rahmengesetz *NRE* im Jahre 2001 eingeführt wurde,¹⁰² ist die Gestaltung der Fernteilnahme ausschließlich Gegenstand von Durchführungsverordnungen. Diese werden von der Regierung nach Bearbeitungsvorschlägen des *Conseil d'État* erlassen. Sie werden in Verbindung mit der Praxis – eher mit Vertretern von Gesellschaften als mit Vertretern von Aktionärsinteressen – ausgearbeitet. Der Verwaltungsapparat ist damit für den Zusammenhang zwischen den Praxisbedürfnissen und der Systematik des Aktienrechts zuständig.

Der Umfang des Verweises auf Durchführungsnormen müsste eingeschränkt werden. Nach dem Beispiel des deutschen Rechts sollte der Verweis auf die Satzung mehr Platz für die Gestaltung der Briefwahl und der Fernteilnahme lassen. Es entsteht ansonsten eine für den elektronischen Weg zugeschnittene parallele Gesetzgebung, deren Rechtfertigung mangelhaft ist.

b. Die Zukunft des Cyber-Aktionärs

Die Einführung der Briefwahl 1983 in Frankreich und 2009 in Deutschland schaffte zweifellos ein neues Recht für die Aktionäre, da eine neue Art der Teilnahme an der HV begründet wurde. Die Einführung der elektronischen Briefwahl in Frankreich wurde 2001 fast selbstverständlich als neues Recht des Aktionärs gefeiert. Die Stimmabgabe im Rahmen der deutschen Briefwahl erfolgt seinerseits schriftlich oder im Wege elektronischer Kommunikation. Wurden dadurch zwei Rechte begründet: Ein Recht auf schriftlichen

¹⁰² Sinnvoller wäre es gewesen, eine solche Maßnahme durch ein autonomes Gesetz einzuführen, *Germain*, in: *Teyssié* (Hrsg.), S. 124.

Versand und ein Recht auf elektronische Kommunikation? Die Antwort ist auf deutscher Seite eindeutig negativ. Der schriftliche Weg ist dem elektronischen Weg juristisch gleichgestellt. Das französische Recht trennt willkürlich das Recht zur Fernteilnahme in zwei Rechte und richtet sich dabei nach der Art der Rechtsausübung.

Die Besonderheiten des elektronischen Weges rechtfertigen jedoch diese neue Unterteilung im Aktienrecht nicht. Organisatorische Anforderungen können, wenn erforderlich, problemlos in der Satzung oder in der Einberufung zur HV erläutert werden. Wie das deutsche Recht beweist, benötigt die Einbeziehung der IKT ins Aktienrecht keine Verordnung vor dem *Conseil d'État*, die in den französischen Satzungen und Einberufungen schlicht kopiert werden, um ihre Rechtssicherheit herzustellen.¹⁰³ Der Begriff des Cyber-Aktionärs scheint seine Legitimation allein in dem Überfluss an Regelungen zu finden.

¹⁰³ „Wenn man diesen Weg weiter folgt werden ausländische Betrachter in dieser Neigung, sich der Staatsverwaltung zu bedienen um die Innovation zu leiten, stets eine französische Sonderbarkeit sehen“, *Linant de Bellefonds*, Comm. Com. électr., rep. N° 3.

Fazit und Schlusswort

Obwohl die Veröffentlichung von HV-bezogenen Informationen ausschließlich im Internet stattfindet, dürfen französische Aktiengesellschaften die Kommunikation mit ihren Aktionären nicht auch auf den elektronischen Weg beschränken. Das deutsche Aktiengesetz überlässt den Aktiengesellschaften hingegen mehr Satzungsfreiheit für die Gestaltung der Kommunikationswege. In beiden Ländern wird die elektronische Kommunikation zuerst zu Gunsten des Aktionärs zugelassen.

Die ins französische Recht eingeführte elektronische Fernabstimmung ahmt die seit 1983 bekannte Briefwahl nach. Wie die Briefwahl ist sie auf eine Stimmabgabe im Vorfeld der HV begrenzt, obwohl die Akteure des Finanzplatzes Paris mit der Online-Plattform *Votaccess* das wirksamste Werkzeug entworfen haben. Die effektive Fernteilnahme an der HV ist zwar schon seit 2001 im *Code de commerce* vorgesehen, wegen unklarer Durchführungsbestimmungen wird eine praktische Anwendung nahezu ausgeschlossen. Bei der Briefwahl sowie bei der Online-Teilnahme gelten die Aktionäre nur in Bezug auf die Berechnung des Quorums und der Mehrheit als erschienen.

Angesichts der Anwesenheitspflicht bei der HV hatte die deutsche Praxis ihrerseits die Fernabstimmung auf elektronischem Weg nach dem amerikanischen Beispiel des *Internet Proxy-votings* entwickelt. Die Einführung der Briefwahl lehnte sich dieser bekannten Stimmrechtsvertretung an, jedoch ohne unmittelbar spürbare Vorteile für die Aktionäre. Die Online-Teilnahme ist auch im deutschen Aktienrecht explizit anerkannt und juristisch von der Briefwahl getrennt. Sie ermöglicht dem Aktionär als „Teilnehmer“ der HV (im juristischen Sinne) seine Rechte ganz oder teilweise in Abwesenheit auszuüben. Die wenigen Gesellschaften, die eine solche Teilnahme bis jetzt vorgesehen haben, lehnen jedoch meistens „aus organisatorischen und technischen Gründen“ die Ausübung des Auskunftsrechts sowie die Eintragung von Beschwerden in die Niederschrift noch ab.

Die Einbeziehung der IKT ins französische Aktienrecht ist ein Balanceakt zwischen dispositivem und imperativem Recht auf einer unklaren rechtspolitischen Linie. Ziel von jeder Aktienrechtsnovelle ist die Erleichterung der Ausübung von Aktionärsrechten. Obwohl die Modernisierung durch einen scheinbar eigenständigen Rechtsrahmen erfolgt, werden meistens keine neuen Rechte begründet. Nach dem Beispiel der deutschen Briefwahl sollte in Frankreich die elektronische Kommunikation und Stimmabgabe der schriftlichen

gleichgesetzt werden. Allein die Online-Teilnahme, die nicht nur per Videokonferenz, sondern mithilfe einer Online-Plattform stattfinden sollte, darf weiterhin Gegenstand einer eigenständigen Reglementierung bleiben. Sie eröffnet in der Tat eine neue Art der Teilnahme an der HV, rechtfertigt jedoch keine Beschränkung von Aktionärsrechten.

Die Einbeziehung der IKT in das französische Aktienrecht muss gründlich überdacht werden. Erst wenn der Gesetzgeber nicht mehr zwischen dem elektronischen Weg und anderen Wegen der Kommunikation und der Teilnahme an der Hauptversammlung unterscheidet, wird der Cyber-Aktionär das werden, was er immer hätte sein sollen.

Ein Aktionär wie jeder andere.

Literaturverzeichnis

Anmerkungen: letzte Prüfung der Internet-Links erfolgte am 31.8.2015; die im Hauptteil enthaltenen Übersetzungen stammen nicht von den Autoren der zitierten Texte.

- Aballeba T. / Cohen-Salmon S.*, Le vote électronique dans les sociétés commerciales : vers une internationalisation du rôle des organes de décisions, RDAI, N° 3, 2003, S. 285.
- Afti*, *Votaccess* : Trois ans de mise en œuvre, Amphi AFTI (FBF, ANSA), 18.6.2014.
- Amf*, AMF, *Mise en œuvre des propositions du rapport de l'AMF de 2012 sur les assemblées générales d'actionnaires des sociétés cotées*, 11.2.2015;
- , Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France, 6.9.2005 (*Rapport Mansion*).
- Ansa*, Réunions du conseil d'administration ou de surveillance : moyens de visioconférence ou de télécommunication, N° 06-008, 1.2.2006;
- , CFONB, Vote internet aux assemblées générales d'actionnaires - Accord de place sur un *Vade mecum*, n° 3104, 5.2002 (30.9.2007);
- , Vote électronique aux assemblées d'actionnaires - possibilité de ne donner accès à des moyens de vote électronique qu'à certains actionnaires, N° 3100, N° 632, 7.11.2001.
- Arnold M. / Carl P. S. / Götze C.*, Aktuelle Fragen bei der Durchführung der Hauptversammlung, AG 2011, 349-362.
- Assemblée Nationale*, Rapport n° 2327 au nom de la Commission des finances, 6.4.2000 (*Rapport Besson*).
- Aubert J.-L. / Blanc-Jouvan X. / Caron C. / Chabas C.*, Études offertes à Jacques Dupichot : liber amicorum, E. Bruylant, 2005, 522 S. ;
- *Linant de Bellefonds X.*, Le vote électronique pour les assemblées d'actionnaires, S. 314.
- Bayer W. / Hoffmann T.*, Das Aktionärsforum im Dornröschenschlaf, AG, 2013, R61-63.
- Biedermann A.*, Wünsche wohl geruht zu haben - Der fast zweijährige Schlaf deutscher Banken, HV Magazin, Praxis/2010, 42.
- Braunberger G.*, Dax-Konzerne mehrheitlich in ausländischem Besitz, faz.net, 10.5.2013.
- Caprioli É. A.*, Transmission et archivage électronique des informations financières, *RD bancaire et financier*, 03-04/2007, N° 81, S. 33.
- Coquelet M.-L.*, Qui de l'associé ou de la société a charge de prouver l'absence de convocation à une assemblée générale ?, *Dr. sociétés*, 2010, N° 3, comm. 40; Cass. com., 10 nov. 2009, n° 05-15.809, F-D, Combret c/ Compagnie méditerranéenne cinématographique (COMECI).
- France Diplomatie*, Transparence financière, 1.03.2013 [diplomatie.gouv.fr].
- Gebauer D.*, HV & Internet Elektronische Medien auf dem Vormarsch, HV Magazin 2010, 10.
- Guyon Y.* (Mélanges en l'honneur de), Aspects actuel du droit des affaires, Dalloz, 2003, 1164 S. ;
- *Ducouloux-Favard C.*, Grandeur et décadence des assemblées générales d'actionnaires, S. 359 ;
- Heidel T.*, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, Nomos, 4. Aufl., 2014.
- Hölters W. (Hrsg.)*, Aktiengesetz, C.H. Beck - Vahlen, 2. Aufl., 2014.
- Kersting C.*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs bei elektronischer Teilnahme an der Hauptversammlung (§§ 118, 131 AktG), NZG 04/2010, 130-135.
- Kley M. D. / Rudolph B. / Schneider U. H. / Leven F.-J. (Hrsg.)*, Aktie und Kapitalmarkt: Anlegerschutz, Unternehmensfinanzierung und Finanzplatz - Festschrift für Professor Dr. Rüdiger von Rosen zum 65. Geburtstag, Schäffer-Poeschel, 2008, 659 S. ;
- *Noack U.*, Die moderne Präsenzhauptversammlung mit Internetanbindung, S. 273-292.
- Klewno A.*, Wir erhoffen uns von der Online-HV eine Erweiterung des Teilnehmerkreises (SAP AG), HV-Magazin, 2012, 42.
- Kuhn N.*, Innovative Online-Instrumente in der Hauptversammlungspraxis Ergebnisse einer Umfrage unter börsennotierten Gesellschaften, HV Magazin 2011, 20.

- Legrand P.*, (Hrsg.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 1^e Aufl., 2009 ;
 - *Monateri P. G.*, *Éléments de comparaison des études comparatives*, S. 69.
- Le Roux*, *Banque de France*, La détention par les non- résidents des actions des sociétés françaises du CAC 40 à fin 2012, *Bull. de la Banque de France*, N° 193, 2013.
- Linant de Bellefonds X.* (Études à la mémoire du Professeur), *Droit et technique*, LexisNexis, 2007 ;
 - *Germain M.*, *Technique et droit des sociétés : l'ubiquité des dirigeants et des actionnaires*, S. 205.
- Linant de Bellefonds X.*, *Encore suspendus aux décrets*, *Comm. Com. électr.*, n° 3, 2002, rep. N° 3.
- Mimberg J.*, *Schranken der Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung im Internet - die Rechtslage nach dem Inkrafttreten von NaStraG, Formvorschriften-AnpassungsG und TransPuG*, *ZGR* 2003, 21-58.
- Mörlein W.*, *Briefwahl und Deutscher Corporate Governance Kodex*, AG 2012, R62.
- Mutter S. / Pernfuß A.*, *ARUG: Briefwahl „vor und während“ der Hauptversammlung*, AG 2009, R6.
- Noack U.*, *Facebook als Medium aktien- und kapitalmarktrechtlicher Mitteilungen*, *blog.handelsblatt.com/rechtsboard*, 22.04.2013;
 - *Das Aktionärsforum im Bundesanzeiger : ein Flop*, *blog.handelsblatt.com/rechtsboard*, 18.03.2013;
 - *ARUG: das nächste Stück der Aktienrechtsreform in Permanenz*, *NZG* 2008, 441-447.
 - *Das offizielle Aktionärsforum – nichts los*, *notizen.duslaw.de*, 23.04.2007;
 - *Das neue Recht der Gegenanträge nach § 126 AktG*, *BB* 2003, 1393-1397;
- Reimann M. / Zimmermann R.*, *The Oxford Handbook Of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006;
 - *Dannemann G.*, *Comparative law : study of similarities or differences ?*, 383-420;
 - *Fauvarque-Cosson B.*, *Development of comparative law in France*,. 35-68;
 - *Hopt K. J.*, *Comparative Company Law*, 1161-1192;
- Ringleb H.-M. / Kremer T. / Lutter M. / Werder A. v.*, *Die Kodex-Änderungen vom Mai 2012*, *NZG* 2012, 1081-1089.
- Rosemain M.*, *Vote en ligne : bientôt une solution pour les petits porteurs*, *lesechos.fr*, 31.04.2011.
- Sasse M.*, *§ 126 AktG - Rechtsunsicherheiten bei der Behandlung von Gegenanträgen*, *NZG* 2004, 153-157.
- Salazar W.*, *Twitter, Bloomberg und die SEC - Paradigmenwechsel für die Kapitalmarktkommunikation*, *GoingPublic* 5/2013, 58.
- Seibert U.*, *Aktionärsforum und Aktionärsforumsverordnung nach § 127a AktG*, AG 2006, 16-23;
- Sénat*, *Rapport n° 438 (2004-2005) au nom de la Commission des finances*, Sénat, 29.6.2005 (*Rapport Marini*).
- Spindler G. / Stilz E.* (Hrsg.), *Kommentar zum Aktiengesetz: AktG*, C.H. Beck, Band 1, 2. Aufl., 2010.
- Swiercz R.*, *Persönlich vor Ort, vertreten oder online - Teilnahmeoptionen im Überblick*, *HV-Magazin*, 34.
- Teyssié B.* (Hrsg.), *La communication numérique, un droit, des droits*, éd. Panthéon-Assas, 2012 ;
 - *Germain M.*, *La communication numérique et le vote dans les sociétés*, S. 123.
- Schmidt K. / Lutter M.* (Hrsg.), *Aktiengesetz*, Dr. Otto Schmidt, Band 1, 2. Aufl., 2010.
- Zwissler T.*, 2010: *Das Jahr der ARUG-Hauptversammlungen*, *HV Magazin, Praxis/2010*, 33.

ANNEXES

I - SYNOPSIS DES TEXTES

A) Signature électronique

Droit civil

2000 - Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique

Article 1316-4 al. 2nd C. civ.

Lorsqu'elle est électronique, [la signature] consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

Droit des sociétés

2002 - Décret n° 2002-803 du 3 mai 2002 portant application de la loi NRE

Article 131-3 al. 2 point 3° d. n° 67-236 (ab., R. 225-77)

La signature, le cas échéant électronique de l'actionnaire ou de son représentant légal ou judiciaire.

Article 132 al. 2 d. n° 67-236 (ab., R. 225-79)

La procuration donnée pour se faire représenter à une assemblée par un actionnaire est signée le cas échéant par un procédé de signature électronique par celui-ci et indique ses nom, prénom usuel et domicile.

2006 - Décret n° 2006-1566 du 11 décembre 2006

Article 131-3 al. 2 point 3° d. n° 67-236 (ab., R. 225-77) / Article 132 al. d. n° 67-236 (ab., R. 225-79)

La signature électronique prend la forme soit d'une signature électronique sécurisée au sens du décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, soit, si les statuts le prévoient, d'un autre procédé répondant aux conditions définies à la première phrase du second alinéa de l'article 1316-4 du code civil.

2011 - Décret n° 2011-1473 du 9 novembre 2011 relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés

Article R. 225-77 al. 2 point 3° C. com. / Article R. Article R. 225-79 al. 2° C. com.

Lorsque la société décide, conformément aux statuts, de permettre la participation des actionnaires aux assemblées générales par des moyens de communication électronique, [cette signature électronique / la signature de l'actionnaire ou de son représentant légal ou judiciaire] peut résulter d'un procédé fiable d'identification de l'actionnaire, garantissant son lien avec le formulaire de vote à distance auquel elle s'attache.

B) Évolution du nom attribué au *Bulletin des Annonces Légales Obligatoires*

- 1907 : art. 3 loi du 30.01.1907 : « bulletin annexe au Journal officiel » ;
- 1907 : D. 27.02.1907 portant création du « Bulletin annexe au Journal officiel », 1^{er} numéro le 04.03.1907 sous le titre de « Bulletin annexe au Journal officiel » ;
- 1912 : *a priori* D. 03.02.1912 cité ss art. 3 loi 30.01.1907, légifrance 1^{er} numéro le 12.02.1913 sous le titre de « Bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières » ;
- 1913 : loi du 22.11.1913 portant modification de l'art. 31 (assemblée générale des sociétés anonymes) de la loi du 24.07.1867 sur les sociétés par actions. La publicité n'est exigée que si le quorum (élevé par cet loi) n'est pas atteint à la suite de la première convocation¹ : « [...] si une première assemblée ne remplit pas les conditions ci-dessus fixées, une nouvelle assemblée peut être convoquée dans les formes statutaires et par deux insertions, à quinze jours d'intervalle, dans le *Bulletin annexe du Journal officiel* [²] et dans un journal d'annonces légales du lieu où la société est établie. Cette convocation reproduit l'ordre du jour en indiquant la date et le résultat de la précédente assemblée. » ;
 J. Vavasseur, *Commentaire de la loi du 22 novembre 1913*, Marchal et Billard, 1914, p. 8 : « Notons que le législateur a qualifié d'une façon erronée le 'Bulletin annexe du Journal officiel' qui s'appelle légalement 'Bulletin des annonces légales et obligatoires à la charge des sociétés financières'. » [<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6128813v>], cons. : 08.1012 ;
- 1935 : d. du 30.10.1935 relatif à la protection des obligataires, JORF 04-05.11.1935, art. 9 : « Les émetteurs, exposants, metteurs en vente et introducteurs des titres d'emprunt de toute collectivité publique étrangère autre que les États souverains doivent, avant toute mesure de publicité, faire insérer au Bulletin des annonces légales obligatoires une notice contenant les indications suivantes : [...] » ;
- 1953 : loi n°53-148 du 25.02.1953 relative à diverses dispositions d'ordre financier intéressant l'épargne, JORF 26.02.1953, p. 1923, portant modification de l'art. 31 al. 4 de la loi de juillet 1867 : « Si la première assemblée n'a pas réuni la moitié du capital social, une nouvelle assemblée peut être convoquée dans les formes statutaires et par deux insertions, l'une dans le *Bulletin des Annonces légales obligatoires* [³], l'autre dans un journal habilité à recevoir les annonces légales pour le département du siège social. Cette convocation reproduit l'ordre du jour, la date et le résultat de la précédente assemblée. » Le cas échéant, obligation de publication identique pour une troisième convocation ;
- 1967 : d. n°67-236 du 23.03.1967 sur les sociétés commerciales, pris en application de la loi n° 66-537 du 24.07.1966, art. 124 (art. R. 225-67 C. com.) : « Bulletin des annonces légales obligatoires » ;
- 1969 : premiers numéros sous le titre de « Bulletin des annonces légales obligatoires » ;
- 2005 : d. n° 2005-582 du 27.05.2005 relatif au Bulletin des annonces légales obligatoires, art. 1^{er} portant modification de l'article 3 de la loi du 30.01.1907 : « les mots : 'bulletin annexe au Journal officiel' sont remplacés par les mots : 'Bulletin des annonces légales obligatoires'. » ;
- 2008 : l'article 8 d. n° 2008-258 du 13.03.2008 abroge l'article 3 de la loi du 30.01.1907.

¹ Depuis 1967, « lorsqu'une assemblée n'a pu délibérer régulièrement, faute du quorum requis, la deuxième assemblée est convoquée dans les formes prévues à l'article [anc.] 124 » (art. R. 225-67), c'est-à-dire dans les mêmes formes que la première convocation (anc. art. 127, art. R. 225-70 al. 1 C. com.).

² En Italique dans le texte.

³ En Italique dans le texte.

C) Visioconférence

*Conseil d'administration [ou de surveillance]**Assemblée générale des actionnaires***2001 - Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques**

Article L. 225-37 [ou -82] C. com.

Sauf disposition contraire des statuts, le règlement intérieur peut prévoir que sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les administrateurs [ou les membres du conseil de surveillance] qui participent à la réunion du conseil par des moyens de visioconférence dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'État.

Article L. 225-107 II C. com.

Si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification et dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'État.

2002 - Décret n° 2002-803 du 3 mai 2002 d'application de la loi NRE

Article R. 225-21 C. com. [auquel renvoie l'art. R. 225-48 C. com.]

Les moyens de visioconférence mentionnés au troisième alinéa de l'article L. 225-37 du code de commerce doivent satisfaire à des caractéristiques techniques garantissant une participation effective à la réunion du conseil dont les délibérations sont retransmises de façon continue.

Article R. 225-97 C. com.

Les moyens de visioconférence mentionnés au II de l'article L. 225-107 du code de commerce doivent satisfaire à des caractéristiques techniques garantissant la participation effective à l'assemblée, dont les délibérations sont retransmises de façon continue.

2005 - Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie

Article L. 225-37 [ou -82] C. com.

Sauf lorsque le conseil est réuni pour procéder aux opérations visées aux articles L. 232-1 et L. 233-16 [ou sauf lorsque le conseil est réuni pour procéder aux opérations visées au cinquième alinéa de l'article L. 225-68] et sauf disposition contraire des statuts, le règlement intérieur peut prévoir que sont réputés présents, pour le calcul du quorum et de la majorité, les administrateurs [ou les membres du conseil de surveillance] qui participent à la réunion par des moyens de visioconférence ou de télécommunication permettant leur identification et garantissant leur participation effective, dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'État. Les statuts peuvent limiter la nature des décisions pouvant être prises lors d'une réunion tenue dans ces conditions et prévoir un droit d'opposition au profit d'un nombre déterminé d'administrateurs [ou de membres du conseil de surveillance].

2006 - Décret n° 2006-1566 du 11 décembre 2006

Article R. 225-21 C. com. [cf. l'art. R. 225-48]

Afin de garantir, conformément aux dispositions du troisième alinéa de l'article L. 225-37, l'identification et la participation effective à la réunion du conseil des administrateurs y participant par des moyens de visioconférence ou de télécommunication, ces moyens transmettent au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations.

Article R. 225-97 C. com.

Afin de garantir, en vue de l'application du II de l'article L. 225-107 du code de commerce, l'identification et la participation effective à l'assemblée des actionnaires y participant par des moyens de visioconférence ou de télécommunication, ces moyens transmettent au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations.

II - GLOSSAIRE JURIDIQUE

Actionnaire au nominatif

1. Droit français : droit des actions, droit des titres

648. Le droit français applicable aux sociétés anonymes, composé de mesures législatives et réglementaires relevant tantôt du droit des sociétés, tantôt du droit financier, distingue deux régimes juridiques : celui des sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations du dépositaire central (« non cotées ») étant obligatoirement nominatives, et celui des sociétés dont les actions sont admises à ces négociations (« cotées », sur un marché réglementé ou non) tout en gardant la forme nominative.

Ainsi ne faut-il pas confondre le registre des mouvements de titre, les registres de titres nominatifs, le compte-titre et la liste des actionnaires. Les informations contenues par ces documents sont souvent identiques. Ces documents ne relèvent pas tous d'obligations légales.

649. *La société non cotée.* Le droit français des sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations d'un dépositaire central (ou d'un système multilatéral de négociation) se contente – depuis une ordonnance de 2004¹ – d'une seule règle relative à la preuve de la qualité d'actionnaire au nominatif. Cette mesure dispose que « le transfert de propriété résulte de l'inscription des valeurs mobilières au compte de l'acheteur, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État »², « l'inscription au compte de l'acheteur [étant] faite à la date fixée par l'accord des parties et notifiée à la société émettrice »³.

¹ Cf. art. 24 ord. n° 2004-604 du 24.06.2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales, JORF 26.06.2004, p. 0.

² Art. L. 228-1 al. 9 C. com., qui n'est pas « peut-être inutile », comme M. DUBERTRET et D. MANGENET s'interrogent à la lecture de l'article L. 211-17 al. 1^{er} C. mon. fin. (*in* « Réforme du droit des titres : commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 2009 », *D.* 2009, p. 448, note 20), puisqu'il procède au renvoi nécessaire aux dispositions réglementaires d'application. Notons dès ici que pour les actions admises aux négociations d'un dépositaire central, l'article L. 228-1 al. 9 C. com. renvoie aux conditions prévues à l'article L. 211-17 (al. 2) C. mon. fin., qui renvoie quant à lui à cette fin au Rg. AMF.

³ Cette date ne pouvant être, à l'égard de la société, antérieure à la date de notification ; art. R. 228-10 C. com., anc. art. 205 bis (ab.) D. 23.03.1967, inséré par art. 60 D. n° 2006-1566 du 11.12.2006, JORF 12.12.2006, p. 18762 ; ANSA, « Cession de titres non cotés : date du transfert de propriété », n° 07-023, 09.05.2007 ; H. HOVASSE, « Transfert de propriété - Cession de valeurs mobilières », *Dr. sociétés*, n° 2, 02.2007, comm. 31 ; H. LE NABASQUE, « Date du transfert de propriété en cas de cession d'actions 'non cotées' », *RD bancaire et fin.*, n° 1, janv. 2007, p. 39.

Cette certaine « absence de base normative »⁴ n'a pas empêché la pratique d'exercer, bien au contraire. Les cessions d'actions le plus souvent sont consignées dans un registre des mouvements des actions, ligne par ligne⁵. Ce registre sert à l'ouverture ou à la tenue du compte-titres par la société au nom de l'actionnaire, unique preuve matérielle envers la société et les tiers de la détention des actions et, partant, de la qualité d'actionnaire. La tenue du registre et des comptes-titres ne peut toutefois être raisonnablement exigée que dans des sociétés dont les actions connaissent une faible volatilité, quand le nombre d'échanges est plus ou moins prévisible et surtout contrôlable.

Les actions prennent ainsi la forme du nominatif pur quand le compte-titre est tenu par la société elle-même, ou par un mandataire désigné par ses soins⁶ (art. R. 228-8 al. 1^{er} C. com., art. R. 211-3 C. mon. fin.). Elles prennent la forme au nominatif administré lorsque l'actionnaire charge un intermédiaire habilité de la tenue du compte-titres. L'intermédiaire tient un « compte d'administration » et informe la société de tout mouvement sur les titres. De son côté, l'actionnaire « titulaire du compte-titres s'oblige à ne plus donner d'ordre qu'à ce dernier » (art. R. 211-4 C. mon. fin.). Le nominatif administré se retrouve le plus souvent dans les sociétés cotées, car si l'entremise de l'intermédiaire financier facilite la cession des titres, elle engendre des frais supplémentaires.

650. *Les sociétés cotées.* L'offre au public d'actions nominatives est bien sûr possible. La nominativité des actions a de nombreux avantages pour la société. C'est d'autant plus le cas dès lors que la nominativité ne porte plus atteinte à la cessibilité des actions sur les marchés financiers. Les grandes sociétés françaises rappellent volontiers la faculté, laissée par la loi à l'actionnaire, de convertir ses actions au porteur sous la forme nominative⁷, et publie de plus

⁴ D. AIRAULT, M.-A. FRISON-ROCHE, J. REVUZ, « L'efficacité des cessions d'actions nominatives à l'égard de la société émettrice », *RD bancaire et bourse*, n° 36, 03-04.1993, p. 65.

⁵ Un « cahier des charges des émetteurs de comptes de valeurs mobilières non admises en SICOVAM » (rachetée en janvier 2001 par le groupe Euroclear), publié par l'ANSA en 1984 (mis à jour et diffusé auprès des intermédiaires financiers en 2008 sous le nom de « cahier des charges applicable aux teneurs de comptes d'instruments financiers français non admis aux opérations d'un dépositaire central ») fut approuvé par le ministre de la justice de l'époque, pour lequel il ne constitue toutefois qu'un « ensemble de recommandations n'ayant pas de valeur obligatoire ». Le registre des mouvements de titres est conseillé aux SA dont l'actionariat est composé d'au moins 100 comptes-titres ; une procédure simplifiée se contentant de la tenue du compte-titres et de simples ordres de mouvement étant proposée aux SA plus petite ; ANSA, « L'ordre de mouvement », 03-04.1991, n° 2542, p. 2 ; L. NEUWIRTH, question écrite n° 01986, JO Sénat, 10.07.1986, p. 951 ; réponse du ministère, JO Sénat, 28.08.1986, p. 1232 ; ANSA, « Tenue de comptes de titres et documents normalisés concernant les mouvements de titres », n° 10-002, 03.03.2010, p. 2 ; J.-F. ARTZ, « L'action », *Rép. soc.*, juin 2002 (mise à jour : mars 2013), § 113 et s.

⁶ Cf. G. DE TERNAY, « Du bon usage de la clause de gestion (des titres) dans les conventions extra statutaires, à la lumière notamment de l'article 24 de l'ordonnance du 24 juin 2004 », *JCP E*, n° 49, 07.12.2006, p. 2755.

⁷ Art. L. 228-1 al. 4 C. com.

en plus souvent en ligne le formulaire nécessaire à la conversion (nominatif administré), ou au transfert du compte-titres auprès de l'intermédiaire habilité désigné par la société (nominatif pur, ou administré si l'actionnaire accepte de changer d'intermédiaire financier). La forme purement scripturale des mouvements d'actions nominatives permet un traitement informatique qui n'est, en premier lieu, qu'un défi d'ordre technique, consistant à la mise en route d'une structure sophistiquée entre les acteurs de la place. Ce traitement informatique suppose toutefois, en second lieu, un cadre juridique plus complexe que celui relatif à la cession d'actions de sociétés non cotées. Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations d'un dépositaire central, la gestion des « mouvements de titres » est opérée par le dépositaire central (Euroclear France)⁸. Ce dernier ouvre des comptes aux émetteurs de titres financiers admis à ses opérations et assure la livraison par débit et crédit des comptes, qui ne sont que le reflet des comptes de titres au nominatif tenus pas société.

651. L'inscription des actions dans un compte de titres nominatifs est faite par la société émettrice⁹. Le règlement autorise explicitement la société à sous-traiter la tenue du registre des actionnaires au nominatif¹⁰.

Ledit texte fait une distinction entre deux outils. D'un côté, il évoque le registre de titres nominatifs, tenu dans des feuillets au nom de chaque propriétaire d'actions et organisé dans l'ordre chronologique de leur établissement. Il s'agit donc d'un « journal général des mouvements de titres »¹¹. D'un autre côté, le règlement autorise les fichiers contenant, par ordre alphabétique, les noms et adresses des titulaires. Ces fichiers servent à la communication avec les actionnaires, tandis que le registre est la seule preuve opposable de la détention des titres, c'est-à-dire de la qualité d'actionnaire.

652. « À tout moment, le titulaire du compte peut demander une attestation indiquant la nature et le nombre des actions inscrites à son compte ainsi que les mentions figurant sur ce compte. »¹² En pratique, l'actionnaire au nominatif peut demander une telle attestation auprès

⁸ Art. R. 211-6 C. mon. fin. ; les actions ne sont pas déposées auprès du dépositaire central, contrairement à ce que son nom semble indiquer, les particularités de la tenue de compte-conservation de titres dématérialisés ne permettant pas de retenir la notion de contrat de dépôt ; J.-J. DAIGRE, P. PAILLER, « Commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », *Rev. sociétés*, 2009 p. 37, § 25.

⁹ Art. L. 211-3 et -6 C. mon. fin.

¹⁰ Art. R. 228-8 al. 1^{er} C. com. Les trois principaux sous-traitants, entreprises spécialistes des titres, sont les filiales de banques BNP Paribas Securites Services, CACEIS Corporate Trust et Société Générale Securities Services.

¹¹ J.-F. ARTZ, « L'action », *Rép. soc.*, juin 2002 (mise à jour : mars 2013), § 116.

¹² *Ibidem*.

du prestataire de service désigné par la société. L'identification de l'actionnaire au nominatif auprès de la société pourra avoir lieu sur simple présentation d'une pièce d'identité.

2. Droit allemand

653. L'identification des actionnaires au nominatif passe par la lecture du registre des actionnaires (*Aktionärsregister*). Avant de présenter les particularités de cette procédure (b), il faut rappeler le fondement juridique ce registre (a).

a. L'inscription au registre des actionnaires

654. L'automatisation des transactions financières a rendu la dématérialisation des valeurs mobilières opportune et nécessaire. Le droit allemand n'est toutefois pas passé aussi vite que le droit français « du tout au rien ». Le § 10 V AktG, ajouté en 1994¹³, confère aux statuts la faculté d'interdire ou de limiter le droit de l'actionnaire à la matérialisation de ses actions, l'interdiction complète s'étant vite imposée dans les statuts des sociétés par actions allemandes, et notamment pour celles entrées depuis en bourse¹⁴. Les actions sont donc aujourd'hui partiellement dématérialisées. Partiellement, car elles restent, le cas échéant, enregistrées dans un certificat global (*Globalurkunde*). Un certificat global enregistre les actions du même type, et confère aux actionnaires un droit de propriété partagé¹⁵. Le certificat global n'empêche pas la compensation et le règlement (par la passation d'écritures comptables) d'actions au nominatif, à condition que ces actions soient endossées en blanc (*Blankoindossament*)¹⁶. L'endossement en blanc libère la société de son obligation, posée au § 68 III AktG, de contrôler la bonne suite des ordres. Sauf clause contraire des statuts, ces certificats globaux peuvent être remplacés par des titres individuels (§ 9a I 2 DepotG). En toute hypothèse, les titres des sociétés cotées sont en grande majorité gardés collectivement en dépôt sur compte courant (*Girosammelverwahrung*) chez le dépositaire central (§ 5 et § 9a DepotG, « *Wertpapiersammelbank / Zentralverwahrer* »), aujourd'hui la Clearstream

¹³ Art. 1 I n° 2 « *Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts* », BGBl. I 1994, p. 1961.

¹⁴ U. SEIBERT, « Der Ausschluß des Verbriefungsanspruchs des Aktionärs in Gesetzgebung und Praxis », *DB*, 1999/5, p. 268.

¹⁵ P. SCHERER, in K. BOUJONG *et al.*, *Handelsgesetzbuch*, C.H. Beck - Vahlen, T. 2, 2009, « § 9a DepotG », n° VI485 ; U. SEIBERT, *idem*, p. 267.

¹⁶ Cf. L. BÖTTCHER, *DepotG*, Nomos Kommentar, 1^e éd., 2012, « § 5 DepotG », § 2.

Banking AG (CBF)¹⁷. Après chaque opération sur des titres au nominatif, consignée dans un registre des mouvements de titres (*Verwahrungsbuch*, § 14 DepotG), le dépositaire central communique par voie électronique à l'émetteur, sur la base des informations reçues par l'intermédiaire financier¹⁸, les informations sur l'acquéreur (§ 67 IV AktG)¹⁹.

655. Le propriétaire des actions au nominatif doit communiquer à la société son nom, sa date de naissance, son adresse ainsi que le nombre d'actions ou leur numéro, et leur valeur nominale en cas d'actions à valeur nominale (§ 67 I 1 AktG). La société peut parallèlement requérir des intermédiaires financiers inscrits au registre des actionnaires qu'ils lui communiquent les informations précitées relatives au véritable propriétaire des actions (§ 67 IV AktG).

La société est explicitement autorisée par le § 67 VI 3 AktG à utiliser les informations personnelles relatives aux actionnaires au nominatif pour ses tâches en relation avec les actionnaires. Sauf refus explicite de l'actionnaire, devant être pleinement informé de ses droits, ces données peuvent être utilisées à des fins de publicité pour la société (§ 67 VI 4 et 5 AktG). Cette publicité doit venir de la société et s'adresser à l'actionnaire. Il n'est pas question de céder ces informations personnelles à des tiers²⁰. Les tâches en relation avec les actionnaires relèvent donc uniquement des obligations et droits relatifs aux « *Investors relations* »²¹. Il s'agit, en premier lieu, des obligations de communication avec l'actionnaire fondées sur les droits d'ordre politique liés aux actions. Doivent être comprises, en second lieu, les obligations d'informations financières. L'analyse statistique des données est de même autorisée²², afin seulement d'améliorer la relation avec les actionnaires.

656. Les actionnaires au nominatif ayant cédé leurs parts sont certes « rayés / supprimés » (*Löschung*) du registre des actionnaires, leurs noms et adresses ne disparaissent pas pour

¹⁷ Du point de vue de l'actionnaire, la dématérialisation des valeurs mobilières a un peu plus unifié les procédures d'acquisition et de vente d'actions. Elle a de plus rendu les actions au nominatif aussi aisément transmissibles que celles au porteur. Si la transmission des actions au porteur et celle des actions au nominatif ne sont pas soumises au même régime juridique, les procédures sont en effet les mêmes pour l'actionnaire. Le défaut de transmissibilité étant comblé, l'action au nominatif a gagné en attractivité. La dématérialisation des actions a ainsi ajouté aux avantages de l'action au nominatif ceux de l'action au porteur, anonymat mis à part.

¹⁸ RegE NaStraG, BT-Drs. 14/4051, 08.09.2000, p. 11.

¹⁹ T. DRYGALA, M. STAAKE, S. SZALAI, *Kapitalgesellschaftsrecht*, Springer, 2012, p. 369.

²⁰ W. BAYER, in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Münchener Kommentar zum AktG*, T. 1, 3^e éd., 2008, « § 67 AktG », § 135.

²¹ Pour plus de détails, cf. U. NOACK, « Namensaktie und Aktienregister : Einsatz für Investor Relations und Produktmarketing », *DB*, 2001/1, p. 27.

²² W. BAYER, *op. cit.* note 20, « § 67 AktG », § 133.

autant à jamais²³. Ces investisseurs – ayant, dans le meilleur des cas, touché leur plus-value – sont les premiers susceptibles de reprendre des positions à l’avenir sur les actions de la société, pour en avoir observé le cours pendant un certain un temps. Aussi la société qui a un intérêt évident à être en contact avec ses actionnaires a-t-elle de même celui de maintenir un lien avec ses anciens actionnaires. La question s’est ainsi posée de savoir si la société pouvait se servir d’informations dépassées du registre afin d’identifier d’anciens actionnaires. Certains auteurs rejettent catégoriquement cette hypothèse puisqu’il n’entrent pas dans les tâches de la société au sens du § 67 VI 3 AktG de prendre contact avec d’anciens actionnaires, même dans l’optique de les convaincre de réinvestir²⁴. D’autres estiment qu’un « *After-Sale-Service* » est primordial pour la société et jugent à juste titre que la reconquête d’anciens actionnaires est une tâche entrant dans les obligations d’ordre financier de la société, même si, au sens littéral dudit paragraphe, la société n’agit en effet plus dans le cadre strict de sa relation avec l’actionnaire, puisque le destinataire du message a perdu cette qualité en vendant ses actions²⁵.

b. La tenue du registre et la preuve de l’inscription

657. Le registre des actionnaires n’est pas un « livre du commerce » (*Handelsbücher*) mais un « enregistrement nécessaire » (« *sonst erforderlichen Aufzeichnungen* ») au sens du § 239 I HGB²⁶. À ce titre, il peut être tenu sur support informatique (*Datenträger*) à condition que les données soient accessibles durant la durée obligatoire de conservation ainsi que lisibles à tout moment et dans des délais raisonnables (§ 239 IV 2 HGB). En pratique le registre est tenu de manière électronique et mis à jour en continu, en cas de cotation des actions en bourse, grâce aux informations obtenues par le dépositaire central. Le registre des actionnaires des sociétés dont les actions sont cotées ne suppose donc qu’une infrastructure et un suivi technique. C’est pourquoi ces sociétés ont largement recours à l’offre de prestataires de services, filiales de banques et intermédiaires financiers²⁷.

²³ La loi interdit d’ailleurs que l’enregistrement de nouvelles informations empêche de prendre connaissance de celles anciennement enregistrées (§ 239 III HGB) ; v. *infra*, « La tenue du registre et la preuve de l’inscription », § 657.

²⁴ W. BAYER, *op. cit.* note 20, « § 67 AktG », § 139.

²⁵ U. NOACK, *op. cit.* note 21, p. 130.

²⁶ W. BAYER, *op. cit.* note 20, « § 67 AktG », § 13.

²⁷ Deutsche Börse Systems AG (filiale de la Deutsche Börse AG), Registrar Services GmbH (filiale de la Deutsche Bank AG), ADEUS Aktienregister-Service-GmbH (Joint Venture entre Dresdner Bank AG, Allianz AG, Münchener Rück AG et CSC Ploenzke), cf. W. BAYER, *op. cit.* note 20, « § 67 AktG », § 12.

Seule la personne inscrite au registre des actionnaires est considérée comme actionnaire par la société (§ 67 II AktG). Cette présomption est irréfragable dans le cadre de la relation entre la société et l'actionnaire, mais n'a aucune valeur particulière à l'égard des tiers²⁸.

Actionnaire au porteur

658. Les sociétés françaises non cotées ne peuvent émettre que des actions au nominatif²⁹. *A contrario*, les actions au porteur françaises sont nécessairement admises aux opérations d'un dépositaire central (ou d'un système multilatéral de négociation). L'identification de l'actionnaire au porteur de droit français concerne donc des sociétés de taille relativement grande, même si l'on sait que les PME-ETI ont de plus en plus accès aux marchés financiers³⁰. En Allemagne, environ 6800 sociétés non cotées émettent encore des actions au porteur³¹. Un texte de loi projetant, par une modification du § 10 AktG, d'imposer aux sociétés non cotées l'émission exclusive d'actions nominatives fut rejeté en 2012³².

659. L'identification de l'actionnaire au porteur peut passer par l'inscription de son nom sur un document particulier : les contre-propositions de droit allemand des actionnaires doivent par exemple indiquer le nom de leur auteur³³. L'identification se matérialisera en général par l'envoi d'une attestation d'inscription en compte en complément de l'exercice d'un droit particulier : il en va ainsi de la preuve à l'égard de la société allemande de l'existence d'un droit de vote ; ou par exemple de la demande de carte d'admission pour participer à l'assemblée générale de droit français³⁴. Le droit français n'hésite pas à imposer

²⁸ W. BAYER, *op. cit.* note 20, « § 67 AktG », § 37.

²⁹ Art. L. 211-7 al. 2 C. mon. fin.

³⁰ Cf. Y. BENARD, J. DUHAMEL, J. BLIMBAUM, « L'adaptation de la réglementation à la diversité des sociétés cotées », *Bull. Joly Bourse*, 01.06.2012, n° 6, p. 262.

³¹ U. NOACK, « 6.800 Aktiengesellschaften müssen auf Namensaktien umstellen ... », Blog Handelsblatt Rechtsboard, 17.01.2011.

³² Toutefois en partie pour d'autres raisons ; art. 1^{er}, « Gesetz zur Änderung des Aktiengesetzes », *RegE Aktienrechtsnovelle 2012*, BR-Drs 852/11, 30.12.11 ; v. *infra*, § 683.

³³ Cf. § 126 AktG : « Anträge von Aktionären einschließlich des Namens des Aktionärs... », v. *infra*, *idem* pour le § 127a AktG : « Die Aufforderung hat folgende Angaben zu enthalten: 1. den Namen und eine Anschrift des Aktionärs... » (« L'appel contient les informations suivantes : 1. Nom et adresse et l'actionnaire... ») ; v. *supra*, § 26.

³⁴ *Droit allemand* : inscription à l'assemblée générale, § 123 III AktG, Droit de vote, § 135 V AktG ; *droit français* : regroupement en association d'actionnaires, art. L. 225-120 II C. com. ; vote double, art. L. 225-123 C. com., demande d'adjonction à l'ordre du jour, art. R 225-71 al. 5 C. com., v. *infra*, § 135. , formulaire de vote par procuration, art. R. 225-77 al. 2 n° 2 C. com., questions écrites, art. R. 225-84 al. 2 C. com., v. *infra*, § 210. inscription à l'AG, art. R. 225-85 C. com., demande d'envoi de documents sociaux, art. R. 225-88 al. 2 C. com., v. *infra*, § 71.

deux légitimations successives dans des délais précis, en cas de demande d'adjonction à l'ordre du jour de droit français³⁵.

660. Effet collatéral de la dématérialisation des valeurs mobilières de 1981³⁶, la procédure d'identification des actionnaires au porteur, introduite en 1987 et communément appelée TPI³⁷, a permis aux sociétés cotées d'identifier la structure de leur actionnariat. Relativement coûteuse, cette procédure se monnaie au prix maximum de 3,05 € par actionnaire identifié³⁸. En pratique, les sociétés émettrices ne cherchent à identifier que la tranche d'actionnaires possédant un minimum d'actions, minimum qu'elles définiront elles-mêmes selon les objectifs et l'urgence de l'identification. Relevons que cette procédure de tri n'est possible que grâce au traitement informatisé des informations. Comme le résume bien Euroclear, dépositaire central français, la liste identifiant les détenteurs des actions au porteur n'est au demeurant qu'une « 'photographie' de la situation à une date donnée », « les résultats transmis après cette date [étant] susceptibles de ne plus refléter la situation réelle des détenteurs »³⁹.

Définies aux articles L. 228-2 et s. C. com., la procédure consiste pour un émetteur à demander au dépositaire central – en l'occurrence la société Euroclear France – de procéder à l'identification des propriétaires de ses actions au porteur. À cette fin, le dépositaire central envoie une requête aux établissements financiers qui lui sont affiliés, si nécessaire sous astreinte⁴⁰. Ces intermédiaires teneurs de compte disposent de dix jours ouvrables à compter de la demande pour transmettre la réponse au dépositaire central (art. R. 228-4 C. com.), qui dispose à son tour de cinq jours ouvrables pour faire parvenir les informations à la société (art. L. 228-2 I al. 2 C. com.)

³⁵ Cf. art. R. 225-71 al. 6 C. com.

³⁶ Art. 94 II loi de finances pour 1982 n° 81-1160 du 30.12.1981, JORF 31.12.1981, p. 3539.

³⁷ Loi n°87-416 du 17.06.1987 sur l'épargne, JORF 18.06.1987, p. 6519.

³⁸ Arr. du 18 avril 1988 relatif au montant maximum de la rémunération concernant les titres au porteur identifiable (JORF 20.04.1988, p. 5218), sauf erreur, toujours en vigueur malgré son évident anachronisme : « Le montant maximum de la rémunération prévue à l'article 263-1 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 est fixé à 20 F par actionnaire. » ; 20 FRF de 1988 équivaut en 2012 à 3,05 € en vertu de la conversion au taux légal de 6,5597, mais à un pouvoir d'achat de 4,77 € en raison de l'érosion monétaire due à l'inflation, cf. INSEE, « Convertisseur franc-euro : pouvoir d'achat de l'euro et du franc », mars 2013. Mis en relation avec l'évolution du pouvoir d'achat à mesure que l'inflation se poursuit, le coût relatif d'une procédure TPI diminue. Si tant est qu'un tel calcul soit significatif, ce coût est aujourd'hui 64 % moins important pour la société anonyme qu'en 1988, date d'édiction du décret. Si le coût devait être révisé, il serait bon de prendre en considération si l'actionnariat s'est concentré ou s'il s'est éparpillé durant ce quart de siècle, le nombre d'actionnaires d'une société influençant l'étendue de la demande d'informations sur leur identité.

³⁹ Euroclear, « Descriptif détaillé des services ESES - TPI », juil. 2007, p. 11.

⁴⁰ En cas d'erreurs, d'oublis, ou d'absence de réponse, « le dépositaire central peut demander exécution de l'obligation de communication, sous astreinte, au président du [TGI] statuant en référé » (art. L. 228-2 I al. 3 C. com.).

La procédure est obligatoire pour l'ensemble de ces intermédiaires comme pour le dépositaire central. Au-delà de l'exécution sous astreinte, la sanction de l'intermédiaire financier ne s'exécutant pas dans les délais réglementaires réside dans la privation des droits de vote attachés aux actions inscrites dans ses comptes (art. L. 228-3-2 C. com.).

Actionnaire en droit européen

661. L'absence de définition européenne de la notion d'actionnaire n'empêche pas les institutions européennes d'en faire l'objet de directives et de règlements (1). Si la notion relève *in fine* du droit national des États membres, le droit européen ne se prive pas de poser certaines règles quant à l'identification de l'actionnaire (2).

1. Absence de définition

662. Le droit européen aime les définitions. Cela apparaît opportun, alors que chaque texte officiel a vocation à être traduit et compris en 23 langues, voire d'être introduit dans 27 législations nationales différentes. Souvent plutôt courageuses, tout du moins volontaires dans leurs entreprises de définition⁴¹, les institutions européennes ont fait preuve de retenue sur la notion d'« actionnaire ». Si le règlement de 2001 sur le statut de la société européenne (SE) n'avait pas osé se lancer dans une définition⁴², la proposition de directive « actionnaires » présentée par la Commission européenne en janvier 2006⁴³ reprenait en partie une définition posée deux ans plus tôt dans la directive « transparence »⁴⁴. Pour autant, le texte final ne retient aucune définition propre⁴⁵, mais se contente de renvoyer aux définitions du droit national applicable.

⁴¹ Cf. par ex. art. 1^{er} dir. n° 2000/12/CE du 20.03.2000 concernant l'accès et l'activité des établissements de crédit et son exercice.

⁴² Règlement (CE) n° 2157/2001 du conseil du 08.10.2001 relatif au statut de la société européenne (SE).

⁴³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'exercice des droits de vote des actionnaires de sociétés qui ont leur siège statutaire dans un État membre et dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2004/109/CE, Bruxelles, 05.01.2006, COM(2005) 685 final, 2005/0265 (COD).

⁴⁴ Dir. 2004/109/CE du parlement européen et du conseil du 15.12.2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE.

⁴⁵ Sur la définition de l'actionnaire : Wolf KLINZ (ALDE) : « Je déplore tout particulièrement la suppression de la directive de la définition de l'actionnaire » - Pervenche BERES : [...] « Cette définition, telle qu'elle était proposée par la Commission, était trop large. Elle nous conduisait à nous embarquer dans une définition du droit des titres qui était très proche de la pratique en vigueur de l'autre côté de l'Atlantique, laquelle ne correspondait pas à notre conception traditionnelle de l'actionnaire. Je crois qu'une définition plus étroite, plus resserrée, telle que nous la proposons aujourd'hui, est une bonne formule » ; PE, 2005/0265(COD), Débats CRE, 15.02.2007.

La directive « transparence » définissait le « détenteur d'actions » par « toute personne physique ou morale régie par le droit privé ou public, qui détient, directement ou indirectement: i) des actions de l'émetteur, en son propre nom et pour son propre compte ; ii) des actions de l'émetteur, en son propre nom mais pour le compte d'une autre personne physique ou morale ; iii) des certificats représentatifs de valeurs mobilières, auquel cas le détenteur du certificat représentatif est considéré comme le détenteur des actions sous-jacentes représentées par le certificat ». La proposition de directive « actionnaires » de la Commission européenne, remplaçant l'expression « détenteur d'actions » par celle d'« actionnaire », reprenait les points i) et ii), mais rejetait les détenteurs de certificats représentatifs de valeurs mobilières du point iii)⁴⁶. De son côté, la Commission des affaires juridiques du Parlement européen recommanda, dans une version provisoire de son rapport, de définir l'actionnaire comme « la personne physique ou morale qui, en vertu du droit applicable, est habilitée à exercer, à l'égard de la société, les droits conférés par les actions »⁴⁷. « La définition doit se borner à refléter la situation en vigueur dans les États membres », justifiait-on. Cette phrase, qui n'offrait pourtant que des indices généraux, voire abstraits, sur la nature de l'actionnaire, a pourtant été rejetée dans la version finale dudit rapport⁴⁸. En ne faisant allusion ni à la détention de l'action, ni à son inscription en compte au nom de l'actionnaire, mais en caractérisant ce dernier par ses prérogatives, cette définition était pourtant intéressante. Elle recentrait la notion d'actionnaire sur l'exercice de ses droits plutôt que sur son état, sur son comportement « à l'égard de la société » plutôt qu'à sa situation vis-à-vis du teneur de compte. La référence à la relation avec la société est peut-être une inspiration ascendante du droit allemand (sur lequel le rapporteur allemand M. Klaus-Heiner Lehne était nécessairement mieux informé) : le § 67 II AktG désigne en effet l'actionnaire (au nominatif) habilité à exercer ses droits à l'égard de la société⁴⁹.

Cette définition n'apporte en pratique, sous cette forme, aucune sorte d'avantage. Il revient toujours au droit national de définir quelles personnes sont habilitées à exercer les droits conférés par les actions. Tout au plus est-elle bonne à fixer le champ d'application de la directive.

⁴⁶ Cf. exposé des motifs de la proposition de dir. « actionnaires » (COM(2005) 685 final), p. 4.

⁴⁷ Amendement n° 6, projet de rapport du Parlement européen, Commission des affaires juridiques, Provisoire, 2005/0265(COD), PE 374.442v01-00, 14.06.2006, p. 7/25.

⁴⁸ Amendement n° 18, Rapport du Parlement européen, Commission des affaires juridiques, Final, A6-0024/2007, PE 374.442v02-00, 02.02.2007, p. 14/75.

⁴⁹ Cette inspiration aurait été évidente si les expressions utilisées dans les deux textes pour désigner la relation avec la société étaient identiques. Force est toutefois d'admettre qu'elles ne le sont pas (§ 67 AktG : « im Verhältnis zur Gesellschaft ») ; Projet de rapport comm. aff. jur. PE: « gegenüber dem Unternehmen »)...

Au final, il ne fut retenu de l'actionnaire que « la personne physique ou morale qui est reconnue comme actionnaire par le droit applicable »⁵⁰. Face aux divergences nationales entre les définitions de la notion d'actionnaire, il n'est pas apparu opportun à la Commission des affaires juridiques d'imposer une « nouvelle exigence qui retentirait sur la définition nationale de l'actionnaire »⁵¹. Les expressions « retentirait » et « *betreffen könnte* » (« pourrait affecter ») sont très justes. Une simple définition européenne de l'actionnaire dans une directive n'impose *per se* aucune modification du droit national. Elle n'aurait pour vocation que de délimiter le champ d'application des dispositions de ce texte. Dans l'absolu, elle n'est susceptible que d'influencer les différentes interprétations de la notion au niveau des législations nationales. Nous pouvons toutefois affirmer que les définitions précitées divergent de la définition française, s'il en est, qui caractérise l'actionnaire par l'inscription en compte des actions à son nom, mais aussi du régime « semi-dualiste » allemand qui reconnaît l'inscription en compte de l'action voire, à défaut, la détention de l'action comme critère de reconnaissance de l'actionnaire.

663. Une autre tentative de définition à l'échelle européenne mérite d'être présentée, à savoir celle issue du projet de règlement relatif au statut de la société privée européenne (SPE), dont la vocation est d'offrir une ossature juridique unique de société par actions aux PME agissant de manière transfrontalière dans le marché européen. Le projet entend par « actionnaire », « l'actionnaire fondateur et toute autre personne dont le nom est inscrit sur la liste des actionnaires »⁵². Toutes les actions de la SPE sont consignées dans cette liste, dont les caractéristiques sont définies aux articles 14 et 15 de la proposition de règlement SPE. Relevons premièrement que la liste doit entre autres contenir le nom et l'adresse de chaque actionnaire, le nombre d'actions détenues par l'actionnaire concerné, la date d'acquisition des actions et la date à laquelle un actionnaire cesse d'être membre de la SPE. Notons ensuite que la « liste des actionnaires, sauf preuve du contraire, constitue la preuve de l'authenticité » des informations précitées. Constatons enfin que le droit de consultation de l'ensemble de la liste est non seulement conféré à chaque actionnaire mais aussi au tiers.

⁵⁰ Art. 2 point b) dir. « actionnaires », le droit applicable étant celui en vigueur dans l'État membre dans lequel la société a son siège social (art. 1 § 2 dir. « actionnaires »).

⁵¹ Exposé des motifs de l'amendement n° 18, Rapport du Parlement européen, *ibidem*, p. 14/75.

⁵² Art. 2 § 1 (a) de la proposition de règlement du Conseil du 25.06.2008 relatif au statut de la société privée européenne, présentée par la Commission européenne, COM(2008) 396.

De manière générale, retenons toutefois que le droit européen ne considère encore l'actionnaire qu'à travers l'existence ou l'exercice des droits attachés aux actions⁵³.

2. Identification de l'actionnaire : subsidiarité et proportionnalité

664. Les mesures relatives à l'identification des actionnaires, nécessairement techniques, sont laissées sans surprise, jusqu'à présent⁵⁴, à l'appréciation des États membres, en application du principe de subsidiarité. Tout au plus la directive européenne en appelle-t-elle au principe de proportionnalité pour s'assurer que les États membres ne poseront pas de barrières trop hautes à l'exercice des droits qu'elle s'applique à accorder à l'échelle européenne. « Les principes de subsidiarité et de proportionnalité ont été institués pour jouer une double fonction, la subsidiarité permettant de contrôler le déclenchement de l'action européenne là où la proportionnalité est destinée à évaluer son intensité »⁵⁵.

665. Sur les quatorze articles de fond de la directive « actionnaires », l'identification de l'actionnaire est évoquée six fois : cinq précisant que l'exercice des droits présentés ne peut être soumis à d'autres exigences ou contraintes « que celles qui sont nécessaires à l'identification des actionnaires » (dont quatre) « uniquement dans la mesure où celles-ci sont proportionnées à la réalisation de cet objectif ». Les exigences de nécessité et de proportionnalité (aux objectifs fixés par les traités de l'Union) de mesures restrictives à l'exercice des libertés sont des canons du droit européen⁵⁶. Ce qui vaut pour les restrictions aux libertés fondamentales du droit primaire européen est appliqué en l'espèce aux contraintes à l'exercice des droits conférés par la directive⁵⁷. Les exigences précitées fixent ainsi les limites de la légitimité des restrictions posées par la loi de transposition nationale aux droits accordés par la directive européenne. Pour procéder à l'identification de l'actionnaire, l'État membre est contraint de choisir la mesure la moins restrictive aux droits accordés par la directive⁵⁸.

⁵³ R. DI NOTO, « L'actionnaire en droit de l'Union européenne - Étude de droit européen et de droit comparé français et allemand en droit des sociétés », Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2010.

⁵⁴ Cf. articles 3 bis et 3 ter de la proposition de directive modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, 09.04.2014, COM(2014) 213 final, 2014/0121 (COD), p. 18.

⁵⁵ Cf. J.-S. BERGE, S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, PUF, 1^e éd., 2008, p. 485.

⁵⁶ *Idem*, p. 197.

⁵⁷ Cf. cons. n° 14 dir. « actionnaires ».

⁵⁸ Cf. par. ex. : CJCE, 25.07.1991, arrêt M. Säger c/ Dennmeyer & Co. Ltd., aff. C-76/90 : « Lesdites exigences doivent être objectivement nécessaires en vue de garantir l'observation des règles [professionnelles et d'assurer

666. La répétition de la formule relative à l'identification de l'actionnaire est intéressante. Un simple article dédié à l'identification aurait permis d'éviter ces redondances. Les États membres peuvent-ils prévoir – ou autoriser les sociétés à prévoir – des exigences et des contraintes graduées selon l'importance des différents droits accordés ? Prenons pour exemple l'article 12 dir. « actionnaires », qui dispose que le « vote par correspondance ne peut être soumis qu'à des exigences et contraintes nécessaires à l'identification des actionnaires, et uniquement dans la mesure où elles sont proportionnées à la réalisation de cet objectif ». L'objectif dont il est question est l'identification des actionnaires, et non la réalisation ou l'exercice du droit de vote par correspondance. Ainsi, la directive lie la proportionnalité des exigences et contraintes à la seule identification des actionnaires, et n'ouvre pas explicitement la voie à des exigences et contraintes différentes selon les droits conférés dans les différents articles.

Cette précision faite, il faut toutefois admettre que les exigences d'identification puissent en pratique dépendre de la nature du droit dont l'exercice est en cause. C'est peut-être ce que cette répétition cherche à faire entendre.

Avis de réunion, avis de convocation

667. Il apparaît nécessaire de rappeler la différence française entre ces deux dispositifs juridiques - ayant survécu à la transposition des textes européens - que sont l'avis de réunion et l'avis de convocation. L'avis de convocation (art. R. 225-66 C. com.) comporte une série d'informations relatives à l'identification de la société et à la nature de l'AG, les questions à l'ordre du jour telles qu'elles seront soumises au vote des actionnaires, la procédure à suivre pour voter et poser des questions écrites. Il s'impose à toutes les sociétés anonymes. L'avis de réunion (art. R. 225-73 C. com.), quant à lui, ne concerne que les sociétés anonymes dont les actions sont cotées sur un marché réglementé ou qui ne revêtent pas toutes la forme nominative⁵⁹. L'avis de réunion précède l'avis de convocation. Il comporte plus d'informations, telles que la date d'enregistrement ou les conditions dans lesquelles les actionnaires peuvent soumettre l'inscription de projets de résolution ou de points à l'ordre du jour, et répond ainsi aux exigences de l'article 5 de la « directive « actionnaires » ». Pris à part, l'avis de convocation, selon la terminologie française, ne réunit pas toutes les conditions

la protection du destinataire des services] et elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs ».

⁵⁹ V. *infra*, § 696.

posées par la directive⁶⁰. Cela ne l'exclut pas pour autant du régime juridique de la convocation, au sens large. Bien au contraire. Relèvent du régime juridique français de la convocation tant l'avis de réunion (convocation au sens de la directive), que l'avis de convocation qui constitue le texte définitif. L'avis de réunion doit être diffusé au plus tard 35 jours avant l'assemblée en temps normal⁶¹. L'avis de convocation au plus tard 15 jours avant l'assemblée sur première convocation, 10 jours sur seconde convocation (art. R. 225-69 C. com.)⁶².

668. L'objectif poursuivi par cette différenciation est de laisser le temps aux actionnaires de requérir l'inscription de points ou de projets de résolution à l'ordre du jour (au plus tard 25 jours avant la tenue de l'AG, et dans les 20 jours suivant l'avis de convocation). Si dans la grande majorité des cas, les deux avis sont identiques⁶³, cette démarche est néanmoins de bon sens, car elle dénomme différemment deux documents ayant vocation à être différents. L'inscription de projets de résolution ou de points à l'ordre du jour est une faculté offerte aux actionnaires par le droit européen (art. 7 dir. « actionnaires ») et le droit national (art. L. 225-105 C. com.). Cette procédure impose donc le respect d'un temps de réflexion et de proposition. Il protège les actionnaires minoritaires.

669. Cette différenciation ne participe certes pas à la simplification du droit des sociétés, et n'a pas rendu l'harmonisation européenne plus aisée. Elle est à coup sûr l'objet de discussions condescendantes à l'étranger, notamment chez les investisseurs institutionnels, où l'on apprécie que l'avis de convocation au sens européen soit nommé avis de réunion par la pratique française, et que l'avis de convocation au sens français ne soit que le texte modifié et définitif qui sera présenté à l'assemblée. Certaines entreprises de *proxy* permettant aux investisseurs institutionnels de voter reformulent d'habitude les projets de résolution – en

⁶⁰ La date de l'enregistrement, information imposée par l'article 5 § 3 c) de la dir., n'est par exemple pas évoquée dans l'article R. 225-66 C. com. Ne sont de même plus présentées les conditions dans lesquelles les propositions de projets de résolution des actionnaires peuvent être transmises à l'émetteur.

⁶¹ 15 jours avant l'assemblée générale pendant une période d'offre publique (art. L. 233-32 C. com.).

⁶² En période d'OPA, le délai est d'au moins 6 jours sur première convocation, et d'au moins 4 jours sur convocation suivante.

⁶³ A. LIENHARD *et al.*, *Code des sociétés*, Dalloz commenté, 2015, comm. ss art. R. 225-73 C. com. ; Quand l'ordre du jour est identique, les émetteurs se contentent parfois de renvoyer à l'avis de réunion publié précédemment, ce qui, vu strictement, est une violation de l'article R. 225-66 C. com. qui impose la présentation de l'ordre du jour dans l'avis de convocation ; v. *supra*, « Demandes d'adjonction à l'ordre du jour », § 136.

théorie pour les rendre plus lisible, en pratique pour guider les votes – semblent se fier, par méconnaissance ou commodité, aux résolutions provisoires de l’avis de réunion⁶⁴.

670. Notons que l’expression « avis de réunion » est consacrée par la pratique et la doctrine, mais qu’elle n’apparaît à aucun moment dans les textes législatifs et réglementaires⁶⁵ – contrairement à l’expression « avis de convocation » amplement reprise. Au lieu d’officialiser cette appellation d’avis de réunion dans un prochain texte réglementaire, peut-être serait-il bienvenu de doter cet instrument d’un nom plus transparent, en le qualifiant de « provisoire ». L’avis de convocation provisoire inciterait clairement les actionnaires à s’impliquer tout en offrant une protection nécessaire aux minoritaires, tandis que l’avis de convocation présenterait le texte définitif soumis aux votes. Le droit des sociétés cotées n’en serait que plus lisible, et pas uniquement à l’étranger.

Convocation, *Einberufung*

671. Les terminologies juridiques allemande et française distinguent la convocation (*Einberufung*), au sens général d’invitation, appel à la réunion des actionnaires en assemblée, de la publication (*Bekanntmachung*), correspondant à l’insertion dans un journal habilité, et de la communication de l’information (*Mitteilung*) aux intéressés.

672. La distinction entre la convocation et l’avis de convocation n’est cependant plus strictement opérée. Les deux expressions sont de plus en plus utilisées pour désigner la même chose. Or il est important d’affiner le vocabulaire pour pouvoir l’appliquer de manière cohérente. La cohérence et l’unité du vocabulaire sont la clé de voûte de l’édifice législatif. Plus la matière est complexe, et elle l’est en l’occurrence, plus l’utilisation des expressions doit être homogène et concordante. La lisibilité de la norme influe sur l’attractivité nationale comme internationale de la norme et, au final, sur l’attractivité de la forme sociale.

Manifestement, le problème principal réside dans la polysémie des expressions utilisées, ainsi que dans la relation entre les verbes et leur substantif respectif⁶⁶. En droit français, la

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Ni même dans l’ancien art. 130 D. n° 67-236 du 23.03.1967 correspondant et abrogé en 2007 par le D. n° 2007-431 du 25.03.2007.

⁶⁶ Convoquer / convocation (*einberufen / Einberufung*), communiquer / communication (*mitteilen / Mitteilung*), *Einberufung bekannt machen* (insérer l’avis de convocation dans un journal d’annonces), *Einberufung übersenden / Einberufung mitteilen / Einberufung zuleiten* (transmettre la convocation), *Mitteilung übermitteln* (transmettre la notification, l’avis de convocation).

convocation n'est traditionnellement pas confondue avec l'avis de convocation (ni avec l'avis de réunion des sociétés cotées). Aussi la loi s'exprime-t-elle de manière particulière quand il est question du support matériel de l'information, de la transcription de la convocation : « L'avis de convocation comporte... », « L'avis de convocation indique... », « L'avis de convocation est inséré... ». L'avis de convocation n'est que « l'information des actionnaires les convoquant à une assemblée »⁶⁷.

C'est avec l'apparition en 2002 de la terminologie considérée comme propre à la communication électronique, que l'on assiste à la vulgarisation (légale) du terme de convocation, procédant à une confusion entre la convocation et l'avis de convocation. C'est en effet par le décret n° 2002-803 de 2002 d'application de la NRE que le terme convocation fut utilisé pour la première fois dans le sens d'avis de convocation⁶⁸. La loi française parle depuis par exemple de « convocation faite par lettre simple », tout en ajoutant que « cette convocation peut également être transmise par un moyen électronique de télécommunication » (cf. art. R. 225-68 al. 1 C. com.). Le mot « convocation » est ainsi employé tantôt dans son sens original d'invitation, d'appel : « La convocation d'une assemblée générale », « sur première convocation », « convocation faite par lettre simple ». Ce sens est identique à celui du verbe transitif « convoquer » : « les actionnaires sont convoqués à toute assemblée ». Parallèlement, et dans les mêmes lignes, il est utilisé au sens d'avis de convocation, soit de support de l'information : « Cette convocation peut être

⁶⁷ ANSA, *L'amélioration des conditions de vote des actionnaires non-résidents des sociétés cotées françaises*, 2^e éd., janv. 2003, p. 122.

⁶⁸ Un décret du 30 octobre 1935 modifiant l'article 35 de la loi française du 24 juillet 1867 autorisa les actionnaires à requérir de la société qu'elle leur fasse parvenir une convocation par voie postale : « Les actionnaires dont les titres sont nominatifs et qui en auront fait la demande, doivent être convoqués, à leurs frais, à toute assemblée par une lettre expédiée dans le délai imparti pour la convocation de cette assemblée »⁶⁸. Les coûts devaient être portés par l'actionnaire, sans qu'il ne fut précisé si seuls les frais de transports étaient concernés ou si la société pouvait facturer ce service. Le même article punissait la violation de cette mesure d'une amende allant de 1000 à 10 000 francs.

La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ne considéra manifestement pas cette disposition comme « un principe fondamental » du droit des sociétés, puisqu'elle relégua en son article 159 le pouvoir de fixer les modalités de convocation au gouvernement (ab., v. art. L. 225-104 C. com.). Le Garde des sceaux J. Foyer avançait en effet en 1965 devant l'assemblée nationale que « seuls les principes fondamentaux étaient d'ordre législatif, le surplus étant de caractère réglementaire » (AN J. FOYER, garde des Sceaux, 1^e séance, 01.06.1965, JO 02.06.1965, p. 1661). Cet envoi postal individuel n'était de fait qu'un simple service rendu aux actionnaires en faisant la demande – quand bien même la société ne pouvait pas le refuser. Le décret d'application de 1967 transmuta ce simple service en différents droits et obligations. Conséquence de ce choix législatif, ce n'est pas la loi NRE du 15 mai 2001 qui introduisit la possibilité de convoquer les actionnaires au nominatif par voie électronique, mais son décret d'application de mai 2002 (art. 22 D. n° 2002-803 du 03.05.2002, JORF 05.05.2002 modifiant l'ancien art. 124 D. n° 67-236 du 23.03.1967, actuel art. R. 225-67 C. com.).

Deux articles aménagent cette possibilité en droit français : l'article R. 225-68 C. com. relatif à la convocation directe des actionnaires au nominatif, et l'article R. 225-67 al. 2 C. com. qui libère la société de l'obligation de publier la convocation si tous les actionnaires sont convoqués. Le droit allemand connaît de même ces deux principes, mais les conjuguent légèrement différemment.

transmise... », « transmission de la convocation » (cf. art. R. 225-68 et -69 C. com.). Depuis le décret n° 2010-684 du 23 juin 2010 portant transposition de la directive « actionnaires », la confusion se manifeste de manière encore plus marquée à l'article R. 225-73 C. com., qui évoque « la convocation mentionnée à l'article R. 225-66 », alors que ce dernier article est « historiquement » et explicitement consacré au contenu de « l'avis de convocation », mots par lesquels il a non sans raison toujours commencé depuis 1967⁶⁹.

L'on ne peut écrire « publication de l'avis de convocation » et « transmission de la convocation » dans un même texte. Notons bien que ce n'est pas la confusion qui, en soi, pose problème, mais la juxtaposition des deux expressions pour un même sens. Si le mot convocation désigne tant l'invitation que son support matériel, l'actuel « avis de convocation » n'a plus lieu d'être. Le législateur français doit procéder à un choix. Il peut considérer que l'expression « convocation » est suffisamment générale pour désigner tant l'invitation que son support matériel, l'actuel « avis de convocation ». Il doit alors agir en conséquence et supprimer de la loi l'expression « avis de convocation ». La logique de la loi n'en serait pas affectée. La « convocation » de l'article R. 225-66 C. com. serait alors précédée de l'avis de l'article R. 225-73 C. com. La « convocation » indiquerait, comporterait, serait insérée... bref, remplacerait l'avis de convocation. Cette distinction n'a d'ailleurs plus lieu dans le langage courant. En pratique, comme dans les commentaires juridiques, la convocation est tant l'appel que son support matériel, tant l'action de convoquer que le document qui indique la convocation⁷⁰. Il est clair que la pratique se satisferait sans difficulté de cette évolution légale, déjà largement consacrée dans les faits. C'est de plus la position du droit européen. La version française de la directive « actionnaires » dispose en effet que la convocation « indique de façon précise », « contient une description ». La terminologie européenne, dans ses versions française et allemande, comprend sous l'expression de convocation tant l'appel à la réunion des actionnaires que son support matériel

⁶⁹ Ancien art. 123 (ab.) D. n°67-236 du 23.03.1967 sur les sociétés commerciales.

⁷⁰ C'est d'ailleurs la définition qu'en donnent certains dictionnaires de langue française. Si l'invitation ne représente que l'action d'inviter, la convocation représente « soit l'action de convoquer, soit le document qui indique la convocation » (dictionnaire Larousse). Preuve qu'il s'agit d'une évolution de langage, le Littré ne comprenait par convocation que l'action de convoquer, « *convocatio* » signifiant l'appel. Le dictionnaire de vocabulaire juridique de G. Cornu (*PUF*, 2011) donne de la convocation un premier sens générique d'invitation puis, « plus spécialement, [d']acte par lequel une autorité convie un intéressé », un acte donc de procédure judiciaire ou administrative, et désigne enfin la convocation comme « la décision appelant un organe collégial, assemblée ou autre, à se réunir ». La convocation de l'assemblée générale des actionnaires correspond ainsi pour Cornu à l'invitation, à la décision de réunion, et non au document y faisant référence.

et ce qu'il contient. Le droit européen ne connaît plus d'avis de convocation⁷¹. Le droit allemand non plus. Il ne connaît donc pas ce problème. Le terme « *Einberufung* » comprend tant l'appel que le document transmis. Pour autant, le droit allemand parle à de nombreuses reprises de notification (*Mitteilung*, au sens de communication), de demande de notification, de transmission des notifications. Une distinction dans le vocabulaire employé a lieu pour une raison claire : la notification – la communication – ne comporte pas uniquement la convocation, mais aussi d'autres information (§ 125 I AktG). Il s'agit donc d'une notion plus large.

673. Toutefois, dans le système dualiste français imposant aux sociétés cotées la publication consécutive de deux séries d'informations, l'expression d'avis de convocation a un sens particulier. En plus de la protection qu'il offre aux actionnaires⁷², ce dualisme est un rappel du fait que la société anonyme n'a pas nécessairement vocation à diffuser ses actions sur un marché réglementé. L'avis de convocation, avis de référence, au cœur du régime juridique de la convocation, s'impose à toutes les sociétés anonymes. L'avis dit « de réunion » de l'article R. 225-73 C. com. quant à lui, bien qu'il ait pris une importance majeure au cours de la dernière décennie, au point de dénaturer, voire de se substituer dans sa fonction à l'avis de convocation, n'est que le fruit d'une disposition particulière aux sociétés cotées. L'avis de convocation a donc toute sa place dans le régime juridique français. Aussi faut-il encourager le législateur, le Conseil d'État et la pratique à ne pas céder aux facilités de langage, et à introduire l'expression d'avis de convocation aux articles R. 225-67 al. 2 (2^e phrase), R. 225-68 al. 1 (4^e phrase), R. 225-69 (1^e phrase), R. 225-73 I (1^e phrase) C. com.⁷³.

674. Le législateur allemand a fait le choix volontaire d'utiliser des notions souples, telles que « *Mitteilung* » en 2001⁷⁴ (notification), puis « *Übermittlung* » en 2009⁷⁵ (transmission), qui permettent un envoi postal comme un envoi électronique. Le droit français utilise quant à lui la répétition de la formule « transmission par un moyen électronique de

⁷¹ La version initiale de la directive parlait en effet d'avis de convocation... Le changement fut opéré par un amendement n° 13, Projet de rapport du Parlement européen, Commission des affaires juridiques, n° 2005/0265(COD), 14.06.2006, p. 9/25.

⁷² V. *supra*, « Avis de réunion et avis de convocation », § 667.

⁷³ Convocation/convoquer, *Einberufung/einberufen* (appel à la réunion des actionnaires en assemblée, invitation) ; Avis de convocation, avis de réunion, *Einberufung, Mitteilung* (la communication, le message, le texte, le contenu) ; Notification/notifier, transmission/transmettre, communiquer, *mitteilen, zuleiten, Übermittlung/übermitteln, Übersendung/übersenden* (envoi postal ou électronique).

⁷⁴ RegE NaStraG, « Zu § 125 AktG », BT-Drs. 14/4051, p. 12.

⁷⁵ RegE ARUG, « Zu Nummer 17 », BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 31.

télécommunication ». Malgré les apparences, cette formule n'est pas redondante, elle est seulement très précise. La télécommunication est en effet une notion cadre plus large que celle de communication électronique. Cette précision servait à mettre en exergue la nouveauté, tout en restant tourné vers l'avenir⁷⁶. Il est trop tôt pour simplifier le vocabulaire de la partie réglementaire du Code de commerce. Il faut attendre que la pratique s'approprie la communication électronique avant de penser à modifier la terminologie employée.

Convocation directe des actionnaires connus

675. Le droit français autorise certains actionnaires à requérir d'être avisé par lettre recommandée ou par voie électronique de la date d'une ou des assemblées générales à venir (R. 225-72 C. com.). Ce droit est réservé aux actionnaires des sociétés dont toutes les actions revêtent la forme nominative et ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé. L'article précise s'adresser aux actionnaires voulant « user de la faculté de requérir l'inscription de points ou de projets de résolution à l'ordre du jour d'une assemblée ». Cette précision n'est que descriptive, incitative. Les actionnaires souhaitant simplement remplir leur nouveau calendrier seront satisfaits de la même manière que ceux souhaitant compléter l'ordre du jour, tout simplement car informer l'actionnaire de la date de l'assemblée ne saurait l'obliger à proposer un projet de résolution. Manifestement, cet article s'adresse aux sociétés anonymes de taille modeste.

676. L'article R. 225-68 C. com. impose quant à lui la communication directe de la convocation à l'actionnaire au nominatif. La seule condition est la possession d'actions nominatives, donc l'inscription au registre des actionnaires « depuis un mois au moins à la date de l'insertion de l'avis de convocation prévue au premier alinéa de l'article R. 225-67 ». La forme de l'envoi varie selon qu'il a accord ou non entre la société et l'actionnaire. La forme « classique », celle à adopter à défaut de toute manifestation des parties, est la lettre ordinaire. A défaut de précision dans le règlement, la société émettrice d'actions au nominatif supporte le coût de l'envoi de la convocation par lettre ordinaire. C'est d'autant plus évident que la question des frais était réglée explicitement de 1935 à 1967, à l'article 35 précité de la loi de 1867. Les frais revenaient à l'actionnaire à l'origine de la demande d'envoi individuel. L'on estima que les autres associés, ceux non intéressés par la marche de la société ou ne

⁷⁶ À propos du mot « télécommunication » : « Le caractère générique de ce terme permettra de prendre en compte, de façon relativement souple, les innovations technologiques à venir. » *in*, AN, Avis VALLINI, *loc. cit.* (note 26).

disposant pas du nombre suffisant d'actions pour participer à l'assemblée, ceux préférant la presse spécialisée ou les journaux officiels, n'avaient à supporter ce coût d'aucune manière. C'est certainement la position sous-jacente à la deuxième forme d'envoi prévue à l'article R. 225-68 C. com., lorsque ce dernier dispose que les actionnaires au nominatif peuvent demander à être convoqués par lettre recommandée, « sous la condition d'adresser à la société le montant des frais de recommandation ». Cette solution alternative, manifestement inspirée de l'ancienne législation évoquée, fut proposée dès 1967⁷⁷. La troisième option, celle de l'envoi de la convocation « par un moyen électronique de télécommunication », fut introduite en mai 2002 par le décret d'application de la loi NRE.

677. Le droit allemand prévoit depuis l'*Aktiengesetz* du 6 septembre 1965 que les actionnaires inscrits au registre des actionnaires reçoivent une convocation personnelle⁷⁸. Le § 125 II AktG est donc l'équivalent fonctionnel de l'article R. 225-68 C. com. Des quatre modifications subies par cet alinéa depuis 1966, celle de 2005 relative au dépôt d'actions et à la *record date*⁷⁹, celle de 2004 relative au passage au numérique du journal officiel a été depuis supprimée car inutile⁸⁰, la première de 2001 et la dernière de 2009 relatives à la communication électronique sont étudiées plus haut⁸¹. L'on se contentera ici de présenter le § 125 AktG, intitulé « Communications pour les actionnaires et les membres du conseil de surveillance ».

678. Le cœur de l'article se trouve au premier alinéa, en vertu duquel « le directoire doit transmettre au moins 21 jours avant l'assemblée la convocation à l'AG aux établissements de crédit et aux associations d'actionnaires ayant exercé des droits de votes pour des actionnaires lors de l'AG précédente, ainsi qu'aux établissements ou associations ayant demandé à recevoir une convocation ». La question des 21 jours, dont le jour de la communication est ensuite explicitement exclu, fait l'objet de développements propres⁸². En cas de modification de l'ordre du jour d'une société cotée, la dernière version doit être communiquée. Le même

⁷⁷ Anc. art. 125 D. n°67-236 du 23.03.1967.

⁷⁸ § 125 II AktG ; Registre des actionnaires intitulé *Aktienregister* depuis la loi du 18.01.2001 (article 1 n° 9 a / aa, 7, BGBl. I, p.123), mais *Aktienbuch* auparavant.

⁷⁹ UMAG, 22.09.2005, BGBl. I, p. 2802.

⁸⁰ L'épithète « *elektronischen* » du nom « *Bundesanzeiger* », ajouté en 2004 par la « *Drittelbeteiligungsgesetz* », 18.05.2004 (BGBl. I, p. 974), fut supprimé un an plus tard par la UMAG précitée.

⁸¹ NaStraG, 18.01.2001 (BGBl. I, p.123) ; ARUG, 30.07.2009 (BGBl. I, p. 2479) ; v. *supra*, « La transmission par voie électronique », § 242.

⁸² V. *supra*, « Délais de publication et de transmission », § 280.

alinéa impose ensuite que la communication évoque la possibilité de donner pouvoirs à un mandataire pour exercer les droits de vote, notamment une association d'actionnaires.

679. L'alinéa 2 du § 125 AktG en question dispose que « cette même communication doit être transmise par le directoire aux actionnaires qui le demandent ou qui sont inscrits à l'ouverture du 14^e jour avant l'assemblée au registre des actionnaires de la société »⁸³, cette communication pouvant se faire par voie électronique⁸⁴. Contrairement au droit français qui n'évoque pas cette hypothèse, le droit allemand autorise tout actionnaire à exiger de la société qu'elle lui transmette une convocation. Si l'actionnaire au nominatif est convoqué automatiquement, l'actionnaire au porteur doit se manifester s'il souhaite être convoqué directement par la société. Dans le silence de la loi, d'aucuns considèrent inutile d'exiger du requérant une attestation de détention d'actions, l'enjeu ne justifie pas le travail administratif et les coûts ne sont pas rédhibitoires⁸⁵.

680. Enfin, l'alinéa 4 autorise quant à lui « que les projets de résolution présentés à l'assemblée soient communiqués à tout membre du directoire et tout actionnaire le demandant ». Cette mesure est intéressante, car elle souligne la différence en l'ordre du jour de l'assemblée et les projets de résolution. La convocation de droit allemand doit contenir l'ordre du jour mais ne dit rien des projets de résolution. En pratique, ces projets sont bien sûr joints à la lettre de convocation, afin que l'actionnaire puisse transmettre ses indications de votes au mandataire qu'il désignera. Il n'est pas considéré comme évident que les actionnaires minoritaires connaissent les projets de résolution avant de proposer les leurs. La date limite d'envoi de propositions de points à l'ordre du jour et de projets de résolution est en effet la même que la date limite de convocation dans les sociétés cotées⁸⁶.

Convocation directe de l'ensemble des actionnaires

681. L'article R. 225-67 al. 2 du Code de commerce dispose que « si toutes les actions de la société sont nominatives, les insertions [dans le bulletin d'annonce légale et au BALO pour les sociétés cotés ou assimilées] peuvent être remplacées par une convocation faite, aux frais

⁸³ L'alinéa 3 autorise chaque membre du conseil de surveillance à exiger une semblable convocation de la part du directoire.

⁸⁴ V. *supra*, § 242.

⁸⁵ T. HEIDEL, *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*, 4^e éd., 2014, « § 125 AktG », § 18.

⁸⁶ 30 jours, § 123 I AktG et § 122 II AktG.

de la société, par lettre simple ou recommandée adressée à chaque actionnaire. Cette convocation peut également être transmise par un moyen électronique de télécommunication mis en œuvre dans les conditions mentionnées à l'article R. 225-63, à l'adresse indiquée par l'actionnaire. » Le présent article offre simplement une alternative aux sociétés anonymes dont toutes les actions sont nominatives, cotées ou non. Rappelant la nature semi-privée de la société anonyme, il leur permet de se libérer de l'obligation de publication de la convocation posée en principe en son alinéa 1^{er}, de rester dans l'anonymat, tout relatif qu'il soit selon la taille de la société. L'objet de l'article n'est donc pas d'autoriser ou d'imposer l'envoi de la convocation par voie postale ou par voie électronique. C'est de liberté statutaire dont il est ici question. Pour être légalement libérée de l'obligation de publication, la société doit d'une part prendre en charge le coût de ces envois, en accord avec la directive « actionnaires »⁸⁷. Tous les actionnaires étant concernés par l'envoi, tous sont traités également. Certes, l'envoi postal aux actionnaires étrangers est plus cher. Si tant est que cela puisse être considéré comme un problème, l'écueil serait facilement contournable par l'envoi électronique, gratuit. La société doit en effet convoquer tous les actionnaires personnellement et individuellement. Personnellement, par extension de sens, car la convocation doit provenir directement de la société, personne morale, et non par l'intermédiaire d'un média ou d'un tiers. Individuellement, car chaque actionnaire est destinataire d'une lettre de convocation.

Mais si le système bancaire s'est arrogé le droit de taxer lourdement la gestion de titres au nominatif, il n'a aucunement développé une information systématique à bas coût des actionnaires porteurs. De ce fait les sociétés ont tendu à restreindre la distribution des documents d'assemblées aux seuls détenteurs de plusieurs milliers de titres, réservant ainsi le vote aux seuls plus gros actionnaires⁸⁸.

682. L'*Aktiengesetz* ne prévoit que depuis 1994, au § 121 IV, que la convocation nominative de l'ensemble des actionnaires par lettre recommandée⁸⁹ libère la société de l'obligation de publication de la convocation. La loi du 2 août 1994 relative « aux petites sociétés anonymes et la dérèglementation du droit des sociétés par actions »⁹⁰ s'est ici inspiré

⁸⁷ Art. 5 § 2 al. 3 dir. « actionnaires » du 11.07.2007.

⁸⁸ Proxinvest, « Catalogue pour l'amélioration des assemblées générales d'actionnaires », nov. 2010 (10.2011), p. 11 ; Suppression des seuils pour l'envoi de convocations aux actionnaires au porteur identifiés, Cf. Amphi AFTI 2013.

⁸⁹ Un accusé de réception n'est pas exigé, car les délais relatifs à la convocation directe prennent en compte la date d'envoi et non la date de réception ; T. HEIDEL, *op. cit.* note 85, « § 121 AktG », § 36.

⁹⁰ Art. 1 n° 11 a 3 *Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts*, BGBl. I 1994, p. 1961.

de l'ancien article 124 du décret de 1967 (art. R. 225-67 C. com.) de droit français. Son contexte d'édition souligne le caractère libéral de la norme posée. La loi s'insère dans une tentative de simplification du droit et d'allègement des charges pesant sur les sociétés anonymes, notamment les plus petites d'entre elles, celles « connaissant ses actionnaires », c'est-à-dire les sociétés dont les actions revêtent toutes la forme nominative⁹¹. Les motivations du gouvernement relatives au projet de loi (adopté en 2001) « d'adaptation de normes procédurales de droit privé à la pratique moderne du droit des affaires » confirme que « bien que la formulation soit générale, la norme concerne en pratique les petites sociétés anonymes constituées d'un actionnariat de taille observable »⁹².

683. Dans la ligne droite de sa loi sur les petites sociétés anonymes de 1994, le législateur considère ainsi encore en décembre 2000, dans sa présentation de la loi modernisant le droit des affaires, que la convocation directe de tous les actionnaires ne concerne que les petites sociétés. Faignant l'étonnement, il constate quelques mois plus tard, en septembre 2001, dans sa présentation de la NaStraG, la loi relative à l'action nominative, que « de manière surprenante, les plus grosses sociétés cotées ont transformé leur actions traditionnelles au porteur en actions au nominatif »⁹³. Face au développement de l'action nominative, le § 121 IV AktG prend une importance particulière qui ne lui était pas destinée. Développement qui atteindrait son paroxysme si un projet de loi en cours venait à être voté. Environ 6800 sociétés

⁹¹ Certains auteurs, suivant la lettre de la loi, estiment que la convocation des actionnaires au porteur dont la société (*a priori* de taille modeste) connaît le nom et l'adresse libère aussi de l'obligation de publication. Ils sont cependant contraints d'admettre les aléas et dangers pratiques d'une telle prise de position, notamment en cas d'erreur de la société à la suite de la cession des actions par l'actionnaire. L'enjeu n'étant autre que la régularité de la convocation. Ce risque de nullité ne peut être écarté, selon eux, qu'en insérant une obligation de signalement de l'actionnaire au porteur envers la société en cas de cession de ses actions (G. REGER, in T. BÜRGER, T. KÖRBER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2011, « § 121 AktG », p. 981). Cependant, une telle obligation n'aurait un intérêt pratique que limité, les cessionnaires n'étant pas concernés par l'accord de nature civil entre la société et l'actionnaire cédant. Les cessionnaires ne seraient pas contraints de se présenter à la société qui, de son côté, ne pourrait pas les convoquer et n'atteindrait pas l'objectif du § 121 IV AktG. La solution envisagée serait alors de n'engager la responsabilité de la société que pour les erreurs sur l'identité des actionnaires dont elle doit effectivement répondre (U. HÜFFER, *Aktiengesetz*, C.H. Beck, 11^e éd., 2014, « § 121 AktG »). Tant que la société a toutes les raisons de penser que les actionnaires au porteur se tiennent à l'accord, la convocation des actionnaires connus serait régulière. Prudents, ces mêmes auteurs recommandent de ne pas tenter de convoquer l'ensemble des actionnaires par lettre recommandée, en cas de « relations compliquées (actionnaires fâchés, clans familiaux composés de nombreux membres, actions financées par un tiers) et surtout en cas de mise sur le marché d'une partie des actions ». D'autres considèrent enfin, et à raison, une telle clause comme illégale car violant le § 23 V AktG interdisant toute clause statutaire différant du cadre légal sans autorisation explicite de la loi. Or la loi prévoit la création d'actions au nominatif justement pour permettre le recueil d'informations sur ses actionnaires. Imposer aux actionnaires au porteur d'informer la société de la cession de ses actions revient à une obligation de se présenter à la société, obligation que la loi n'autorise pas de prévoir (cf. K. SCHMIDT, M. LUTTER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2010, « § 121 », p. 1653).

⁹² RegE, BT-Drs. 14/4987, 14.12.2000, p. 30.

⁹³ RegE NaStraG, BT-Drs. 14/4051, 08.09.2000, p. 1.

anonymes sont, semble-t-il⁹⁴, concernées par le projet de loi sur les sociétés de 2012 souhaitant imposer une mesure bien connue du droit français⁹⁵ : la modification du § 10 AktG intitulé « Action et titres provisoires » imposerait aux sociétés non cotées de n'émettre que des actions nominatives. En effet, si une part importante des grandes sociétés cotées ne proposent plus sur les marchés que des actions nominatives, plus d'un tiers des sociétés anonymes allemandes sont en partie émettrices d'actions au porteur, certaines cotées, mais la majorité d'entre elles étant non cotées – ce que le droit français ne permet pas. Ainsi, l'enjeu de la convocation directe est important. La transmission directe des convocations libère des milliers de sociétés, et pas uniquement les plus petites, de l'obligation de publication de la convocation. La publication d'informations financières n'est pas concernée par ces questions. Il en va seulement de la convocation, composée d'informations certes financières, mais relevant plutôt de la politique interne à la société. Le maintien de cette mesure, qui touche de plus en plus de sociétés par actions allemandes, est la marque d'une certaine libéralisation du droit des sociétés. C'est une preuve de confiance dans les sociétés, qui n'est pas nécessairement protectrice des droits des actionnaires. La publicité pouvant être considérée comme un gage de transparence, la convocation s'efforcera de respecter l'ensemble des obligations légales. Mais il ne faut pas oublier la fonction première et historique de la publication de la convocation, qui est que de permettre au plus grand nombre des actionnaires d'être présents ou représentés à l'assemblée afin de réunir les quorums légaux, protecteurs, toutes proportions gardées, des actionnaires minoritaires. Or la convocation directe répond au mieux à ces objectifs. Elle se substitue donc justement à la publication de convocation au journal officiel. Il ne faut pas oublier que les sociétés cotées doivent toujours publier le contenu de la convocation sur leur site internet (§ 124a AktG). La libération de publication au journal officiel ne change *in fine* pas grand chose à leur situation.

Convocation des actionnaires au porteur en droit allemand

684. Le droit allemand connaît un principe dont le droit français pourrait s'inspirer, celui de la transmission indirecte de la convocation aux actionnaires au porteur. Le droit allemand a fait le choix d'un système dualiste, mêlant tant le système dit « pull », que le « push ». Les directives européennes et le droit allemand imposent, d'une part, la publication de la convocation. Les actionnaires peuvent donc aller chercher l'information eux-mêmes (*pull*).

⁹⁴ U. NOACK, « 6.800 Aktiengesellschaften müssen auf Namensaktien umstellen ... », Blog Handelsblatt Rechtsboard, 17.01.2011.

⁹⁵ Art. 1^{er} Gesetz zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2012), BR-Drs 852/11, 30.12.11.

D'autre part, le § 128 AktG régit la transmission de la convocation à l'assemblée générale dans le cadre de la relation tripartite entre la société, un teneur de compte et l'actionnaire au porteur. Cette disposition impose ainsi aux teneurs de compte de transmettre à leurs clients actionnaires, résidant en Allemagne ou non-résidents⁹⁶, la convocation qu'ils ont eux-mêmes reçue en vertu du § 125 I AktG⁹⁷. Une fois reçue de la société, la communication doit être renvoyée sans délais aux clients actionnaires. En pratique, les instituts ne se chargent pas seulement de rediriger les convocations mais les impriment eux-mêmes, y joignant un formulaire permettant à l'actionnaire de s'inscrire à l'assemblée, de mandater l'établissement financier ou un tiers, ou de formuler des consignes de vote par procuration, résolution par résolution. Ne sont donc concernées que les informations citées au § 125 I AktG, c'est-à-dire la convocation à l'assemblée⁹⁸. Les intermédiaires redonnent l'information telle qu'ils la reçoivent, et n'ont aucunement l'obligation de la contrôler⁹⁹. L'obligation de retransmission est de nature légale et n'est pas facultative, elle ne peut être exclue à l'avance par la convention de compte-titres entre l'actionnaire et le teneur de compte¹⁰⁰. Elles s'imposent aux établissements financiers allemands et aux succursales d'établissements étrangers installés en Allemagne et donc soumises au droit allemand. La doctrine estime toutefois possible d'interdire aux établissements financiers étrangers d'exercer les droits de vote pour leurs clients actionnaires s'ils ne se prêtent pas au jeu de la retransmission de la convocation¹⁰¹.

685. Sont concernés les établissements de crédit tenant les actions de leurs clients ou inscrits au registre des actionnaires, pour des actions qui appartiennent à leurs clients, au 21^e jour précédent l'assemblée. Les personnes qui achètent leurs actions au porteur après ce délai ne seront pas contactées par leur teneur de compte. Ces personnes ne pourront de toute manière pas participer à l'assemblée en raison de l'obligation de détention des actions aux porteurs posée à J-21 (§ 123 II et III AktG). Cette concordance de délais était désirée par les établissements financiers et la pratique. De deux semaines, le délai passa à 21 jours en 2005¹⁰². L'objectif poursuivi était une réduction importante des dépenses administratives en limitant l'envoi des convocations aux actionnaires au porteur autorisés à participer et à voter à

⁹⁶ K. SCHMIDT, M. LUTTER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2010, « § 128 AktG », p. 1732.

⁹⁷ V. *supra*, § 677.

⁹⁸ Et, notamment, dans le cas d'un vote de nomination d'un membre du conseil de surveillance d'une société cotée, la liste des autres sociétés dans lesquelles cette personne exerce la même fonction.

⁹⁹ G. REGER, in T. BÜRGERS, T. KÖRBER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2011, « § 121 AktG », p. 1039.

¹⁰⁰ U. HÜFFER, *loc. cit.* note 91.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Art. 1^{er} n° 7a UMAG, 22.09.2005, BGBl. I, p. 2802.

l'assemblée générale¹⁰³. L'argument économique n'est pour certains auteurs plus d'actualité, les coûts ayant baissé depuis l'avènement de l'envoi électronique¹⁰⁴. Ces coûts ne sont pas nuls pour autant et la concordance entre la date de détention pour participer à l'assemblée générale et l'envoi des communications est parfaitement sensée. Pourquoi devrait-on faire parvenir une convocation au nouvel actionnaire pour l'informer qu'il est trop tard pour participer à assemblée générale ?

686. L'alinéa 2 du § 128 AktG est surprenant. Il dispose que l'obligation de réparation du dommage causé par l'établissement financier en raison de la violation des dispositions de l'alinéa 1^{er} ne peut être exclue ou amoindrie à l'avance. Cette responsabilité reposant sur les teneurs de compte apparaît solennelle et constitue la garantie que les actionnaires au porteur seront aussi bien informés que les autres. Elle prenait tout son sens dans l'ancienne rédaction de l'article qui régissait aussi les questions relatives au vote par procuration. Elle a été maintenue dans le cadre de l'obligation de transmission de la convocation à l'assemblée générale, car son retrait aurait pénalisé les actionnaires dont les teneurs de compte auraient été tentés d'exécuter leurs obligations *a minima*. Pour autant, quand bien même un actionnaire parviendrait à convaincre le juge qu'il a subi un dommage, l'établissement de la causalité entre l'absence d'information et ce dommage est impensable¹⁰⁵. Cette disposition n'a donc aucune application pratique¹⁰⁶. Notons que la nullité d'une résolution prise lors de l'assemblée ne saurait être invoquée en cas de violation de cette obligation d'information, le manquement n'étant pas le fait de la société.

La contrepartie de cette responsabilité est un dédommagement financier supporté par la société. L'alinéa 3 du § 128 AktG dispose en effet que le ministère fédéral de la justice est autorisé, en accord avec le ministère fédéral de l'Économie et de la Technologie et celui des finances, de prendre par voie réglementaire toute décision imposant aux sociétés de rembourser les dépenses engagées par le teneur de compte au titre de ses obligations légales de reproduction et de transmission des communications aux actionnaires. Des prix peuvent ainsi être fixés, ce dont se charge « le règlement relatif au remboursement des dépenses engagées par les établissement de crédit »¹⁰⁷, et que l'on comparera plus bas directement aux

¹⁰³ BT, Rapport de la Commission des lois, 6. RA, RegE UMAG, BT-Drs 15/5693, p. 17.

¹⁰⁴ T. HEIDEL, *op. cit.* note 85, « § 128 AktG ».

¹⁰⁵ T. HEIDEL, *idem* ; U. HÜFFER, *loc. cit.* note 100.

¹⁰⁶ K. SCHMIDT, M. LUTTER, *op. cit.* 96, « § 128 AktG ».

¹⁰⁷ *Verordnung über den Ersatz von Aufwendungen der Kreditinstitute (KredInstAufwV)*, 17.06.2003, BGBl. I, p. 885.

prix fixés pour l'envoi électronique. À ces coûts d'ordre administratif, compensant le coût du travail opéré par le teneur de compte, s'ajoutent les frais postaux (§ 1 n° 3 KredInstAufwV). Le texte précise cependant que lorsque le teneur de compte ajoute à la lettre des documents relatifs à la procuration, les frais postaux supplémentaires engagés ne peuvent être exigés de la société. Enfin, lorsque la société ne transmet pas suffisamment de convocations papier à l'établissement financier, ce dernier peut exiger de la société qu'elle lui rembourse les frais de copie (§ 2 KredInstAufwV).

Date de l'assemblée générale des actionnaires

687. L'internet a révolutionné la relation entre la distance et le temps. Mais l'internet n'est qu'un outil opérant dans un monde qui ne peut faire fi des distances et du temps. Si la rapidité de la communication a accéléré le temps des affaires, le calendrier ne s'est pas contracté pour autant. L'exercice social dure toujours 12 mois¹⁰⁸, et l'assemblée générale ordinaire des actionnaires suit le pas.

1. Droit français

688. L'article L. 225-100 C. com. impose la tenue de l'assemblée générale ordinaire « au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture de l'exercice »¹⁰⁹. Trois remarques s'imposent quant à la date de la tenue de l'assemblée des sociétés siégeant en France.

Premièrement, l'assemblée est un événement périodique. Les grandes sociétés anonymes ne changent guère la date de l'assemblée, qui aura lieu au jour près, en fonction du calendrier, d'une année sur l'autre. La régularité est certainement la marque d'une bonne administration. Un avantage certain réside dans le fait que les actionnaires savent à quelle période de l'année aller chercher les informations relatives à l'assemblée. Aux quatre saisons s'ajoutent ainsi la fameuse « saison des assemblées ». Il apparaît alors presque paradoxal que la loi offre aux sociétés une marge de manœuvre de six mois dans le choix de la date. Organiser l'assemblée générale relative à l'exercice social précédent au moment de la rédaction du rapport financier semestriel n'est évidemment pas particulièrement opportun. Les points d'actualité sont toujours ceux qui passionnent le plus les actionnaires. Or une organisation tardive de l'assemblée est à double tranchant. Si les résultats et le climat s'améliorent, les actionnaires seront plus enclins à absoudre les dirigeants de leurs erreurs,

¹⁰⁸ Cf. art. L. 123-12 C. com.

¹⁰⁹ Anc. art. 157 al. 1 loi du 24.07.1966 sur les sociétés commerciales, JORF 26.07.66, p. 6414.

mais la confrontation saine de l'assemblée aura manqué. Si les résultats et le climat empirent, l'organisation tardive de l'assemblée ne pourra que décupler la méfiance des actionnaires à l'égard de la direction. Inspirée par la pratique, la loi du 24 juillet 1867 ordonnait déjà aux statuts de fixer « l'époque » de l'assemblée. Certaines sociétés anonymes désignaient ainsi « le courant du mois de janvier »¹¹⁰, d'autres les trois mois suivant « l'époque du bilan »¹¹¹. Ces six mois furent posés dans la loi de 1966 comme un rappel de l'importance de l'assemblée sans vouloir trop contraindre les sociétés anonymes dans leur organisation interne, dont elles doivent garder la maîtrise. Cette mesure, plus libérale qu'elle n'en a l'air, s'inscrit au final bien dans l'air du temps.

Deuxièmement, plusieurs assemblées générales ordinaires sont envisageables durant le même exercice social. Cela est rare dans les grandes sociétés, qui préfèrent faire valider par les actionnaires les opérations le nécessitant *a posteriori*, souvent des mois après leur mise en œuvre. La validation par l'assemblée des mesures prises par l'équipe dirigeante et administrative est souvent considérée comme une formalité juridique, voire « une ratification d'ordre technique »¹¹². Il est difficile d'évaluer l'étendue du recours à plusieurs assemblées ordinaires dans des sociétés anonymes moins grandes. Toute assemblée a un coût, et chaque coût doit être justifié. Or rares sont les événements justifiant « l'urgence » d'une seconde assemblée ordinaire. La loi impose toutefois la tenue de plusieurs réunions dans un cas précis. Cette hypothèse, la plus ancienne, la plus courante et la plus crainte, concerne le non respect d'un quorum de participation lors d'une assemblée générale. L'article 29 de la loi de 1867 précitée relatif aux assemblées générales ordinaires prévoyait déjà qu'une seconde assemblée soit convoquée si un « nombre d'actionnaires représentant le quart au moins du capital social » n'était pas réuni. Cette seconde convocation se faisait « dans les formes et avec les

¹¹⁰ « [L'assemblée] se réunira tous les ans au siège de la Société, dans le courant du mois de janvier », art. 23 des Statuts de la société anonyme de la Rue Impériale, janv. 1856.

¹¹¹ « L'assemblée générale a une réunion annuelle ordinaire dans les trois mois qui suivent l'époque du bilan. » *in*, art. 25 des Statuts de la Société anonyme des Usines de Vallorbes et des Rondez, 22.09.1863.

¹¹² Note écrite d'un porte-parole d'Air France – KLM SA du 25.05.2012, à propos de la résolution relative à la « prime de non-concurrence » attribuée en octobre 2011 au DG évincé P.-H. Gourgeon, puis rejetée par 78,80 % des actionnaires (dont l'État) en assemblée générale du 31.05.2012. Certes, l'article L. 225-41 al. 1 C. com. dispose que « les conventions approuvées par l'assemblée, comme celles qu'elle désapprouve, produisent leurs effets à l'égard des tiers, sauf lorsqu'elles sont annulées dans le cas de fraude ». Pour autant, « même en l'absence de fraude, les conséquences, préjudiciables à la société, des conventions désapprouvées peuvent être mises à la charge de l'intéressé et, éventuellement, des autres membres du conseil d'administration », poursuit l'article. En l'espèce, cette prime n'était manifestement pas suffisamment préjudiciable à la société pour justifier une quelconque suite juridique à l'affaire. Elle fut, pour un temps et en temps de crise, le symbole de la mutinerie des actionnaires.

délais prescrits par les statuts »¹¹³. L'obligation d'une seconde assemblée générale ordinaire, du moins en pratique d'une seconde convocation accompagnée d'un report de l'assemblée, marque du respect des actionnaires minoritaires, a été reprise à l'article 155 de la loi du 24 juillet 1966 puis codifié à l'article L. 225-98 al. 2 C. com. En d'autres termes, la date d'une assemblée n'est pas gravée dans le marbre du parvis du siège social de la société anonyme. Les sociétés de taille modeste, quant à elles, souffrent moins de la répétition d'assemblées générales ordinaires que de leur absence.

Troisièmement, la tenue d'une assemblée générale ordinaire annuelle est une obligation. La loi sanctionne l'absence d'assemblée dans les six mois suivant la clôture de l'exercice¹¹⁴. Jusqu'à la loi du 22 mars 2012¹¹⁵, était « puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 9000 euros le fait, pour le président ou les administrateurs d'une société anonyme, de ne pas réunir l'assemblée générale ordinaire dans les six mois de la clôture [...] »¹¹⁶. La loi Warsmann relative à la simplification du droit a en effet supprimé cette sanction pénale et l'a remplacée par une injonction de faire¹¹⁷. Le ministère public ou – et plus vraisemblablement – tout actionnaire peut dès lors saisir le président du tribunal de commerce compétent. Ce dernier pourra enjoindre aux dirigeants de convoquer l'assemblée, si nécessaire sous astreinte, ou désigner un mandataire pour procéder à la convocation. L'accès à la procédure de référé, la plus exécutive, souligne bien que l'assemblée générale est située dans un contexte temporel, celui de la clôture de l'exercice social¹¹⁸. Parallèlement, la loi autorise la prolongation du délai de six mois sur décision de justice (art. L. 225-100 C. com.).

Ce calendrier est certes artificiel, mais il est imposé par la loi dans l'intérêt de la société anonyme en particulier et des affaires en général. Les délais de convocation s'inscrivent donc dans ce calendrier.

¹¹³ L'article 30 relatif aux premières « assemblées qui ont à délibérer sur la vérification des apports, sur la nomination des premiers administrateurs, sur la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs » pose quant à lui la durée minimum entre une première assemblée n'ayant pas réuni le quorum nécessaire (moitié du capital social représenté) et la seconde assemblée : « Deux avis, publiés à huit jours d'intervalle, au moins un mois à l'avance, dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires adoptées par la première assemblée, ... ».

¹¹⁴ Art. L. 225-100 al. 1^{er} C. com.

¹¹⁵ Art. 19 II 3^o de la loi n° 2012-387 du 22.03.2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JO 23.03.2012, p. 5226.

¹¹⁶ Anc. art. L. 242-10 C. com.

¹¹⁷ Art. 17 II 3^o de ladite loi.

¹¹⁸ AN, Commission des lois, Rapport n° 3787, É. BLANC, 05.10.2011, ss art. 14 : « Votre Commission a conservé le choix de la procédure du référé, qui présente l'avantage d'être bien connue des parties intéressées puisqu'elle est utilisée jusqu'à présent en matière d'injonction ou de désignation d'un mandataire en droit des sociétés. [...] En outre, l'ordonnance sur requête peut impliquer un deuxième passage devant le juge, si l'une des parties en demande la rétractation : dans ce cas, la procédure aurait été alourdie et non simplifiée, ce qui n'est pas l'intention du texte ».

2. Droit allemand

689. Le § 121 I AktG, ouvrant la sous-section relative à la convocation à l'assemblée, dispose avec recul que « l'assemblée générale est à convoquer dans les cas prévus par la loi ou les statuts, ainsi que lorsque le bien de la société l'exige ». Aussi la date de l'assemblée dépend-elle légalement des différentes raisons de convocation de l'assemblée¹¹⁹. Les étudier une à une dépasserait le cadre ce paragraphe¹²⁰. Il faut donc se tourner vers l'assemblée générale ordinaire annuelle, dont le moment est posé au § 120 I 1 AktG, relatif à la nomination des membres du directoire et du conseil de surveillance, ainsi qu'au § 175 I 2 AktG, situé dans la cinquième partie de l'AktG relative aux comptes sociaux et à la répartition des bénéfices. Depuis 1966, l'assemblée générale ordinaire, qui a en effet pour fonction première l'approbation des comptes et de la répartition des bénéfices, « doit avoir lieu dans les huit premiers mois de l'exercice social ».

Incitations à la présence ou à la participation

690. Dans les sociétés dont le capital est détenu par une part importante d'actionnaires individuels, la participation de ces derniers est un enjeu important. Le gain pour l'actionnaire participant à distance consiste principalement en une économie de temps et de frais de déplacement. En 1971, la COB rapportait les mesures bien intentionnées prises par certaines sociétés pour « rendre les assemblées générales plus vivantes et plus intéressantes » : tenue

¹¹⁹ Pour ce qui a trait à la date de l'assemblée, les commentateurs renvoient donc aux différentes dispositions légales ouvrant la voie à la tenue d'une AG.

¹²⁰ Deux remarques méritent toutefois une note de bas de pages, la première est relative à l'exigence légale, la seconde à la liberté statutaire. Tout d'abord, la doctrine relève deux catégories de situations dans lesquelles la loi prévoit la tenue d'une assemblée : premièrement, lorsque la loi ordonne explicitement cette assemblée, par ex. sur demande des actionnaires minoritaires (§ 122 I AktG), ou pour la présentation des comptes annuels (§ 175 AktG) ; deuxièmement, lorsque la loi prévoit une compétence de l'assemblée pour prendre des résolutions, telles que celles énumérées de manière générale au § 119 AktG (affectation des bénéfices, modification statutaire, etc.). Notons ensuite que la marge de manœuvre laissée aux statuts ainsi que celle conférée par la référence au « bien de la société » est très limitée. La liberté laissée aux statuts ne peut relever que d'une norme supplétive. Les statuts ne sauraient reconnaître plus de droits à l'assemblée que la loi le leur autorise, en vertu du § 23 V AktG délimitant la liberté statutaire. La clause statutaire doit donc agir dans le cadre d'une compétence lui étant légalement attribuée. Le § 68 II 3 AktG permet par ex. aux statuts de mandater l'assemblée de donner son accord sur la cession d'actions nominatives liées (action à cessibilité restreinte, « *vinkulierte Aktien* »). Quant à l'intérêt pratique de la référence au bien de la société, il est fortement discutable et conséquemment discuté. D'aucuns interprètent cette référence comme le souhait du législateur d'équilibrer les pouvoirs entre le conseil d'administration et le conseil de surveillance, en cas de conflit bloquant la bonne administration de la société, ainsi que le prévoit le § 111 IV AktG, mais sans y voir la possibilité d'aller plus loin que la loi (U. HÜFFER, *op. cit.* note 91, « § 121 AktG » ; suivi par G. REGER, *op. cit.*, note 99, p. 974). D'autres y voient la possibilité de convoquer des assemblées sans vote de résolutions, notamment pour sonder l'avis des actionnaires, et ne voient dans le § 111 IV AktG qu'une consécration légale de la tenue de l'assemblée pour le bien de la société K. SCHMIDT, M. LUTTER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2010, « § 121 AktG », p. 1635).

des assemblées générales après les heures de travail, « projection de diapositives ou de films avant ou pendant la lecture du rapport du conseil de façon à illustrer celui-ci », réception après l'assemblée « pour s'entretenir avec les dirigeants »¹²¹. Il est fait de même écho à la distribution de « menus cadeaux aux actionnaires présents »¹²². Les grandes sociétés rivalisent en effet de procédés des sciences de la communication et de modernité dans le choix du *design* des estrades. Ce qui relève de l'opération de séduction et choie les égo de l'équipe dirigeante ne saurait cependant être une mesure propice à remplir les assemblées générales. Plus instructif et non sans impact sur l'*affectio societatis* serait par exemple de faire bénéficier les seuls actionnaires participant aux assemblées de visites de locaux d'entreprise, de rencontres avec les salariés ou partenaires commerciaux, tout en prenant soin d'en faire autant que ce qui peut déjà être proposé aux dits « clubs des actionnaires ». Les incitations à se présenter physiquement à l'assemblée peuvent enfin être d'ordre financier.

691. L'on s'interrogea ainsi sur l'opportunité de rembourser aux actionnaires leurs frais de déplacement pour se présenter à l'assemblée. En 1997, l'ANSA se montra très réservée à ce sujet¹²³. Relevant l'absence de jurisprudence en la matière, elle considéra que la décision de rembourser de tels frais relève d'une décision de gestion et doit en conséquence être prise en considération de l'intérêt social. Si le vote en assemblée prend toute sa légitimité par le nombre de votants, « le premier principe à appliquer », écrit l'ANSA, est que « l'objet social n'est pas de prendre en charge les frais propres de ses actionnaires ». En d'autres termes, la fin ne justifie pas ces moyens. Une telle décision est enfin risquée d'un point de vue juridique. D'une part, elle ne doit pas constituer une distribution déguisée. D'autre part, elle porte atteinte à l'égalité entre actionnaires, étant donné que les frais varient fortement selon le lieu de résidence des actionnaires. Dans une économie mondialisée, ce type de mesure n'est ni raisonnable ni justifiable d'un point de vue économique et éthique. Pour autant, une telle décision peut être prise de manière exceptionnelle dans les sociétés de petite taille, pour des assemblées extraordinaires d'une particulière gravité (dissolution, exclusion d'actionnaires minoritaires, voire modification de capital, par exemple), lors desquelles le dialogue entre actionnaires sera primordial. Elle ne doit en aucun cas être acceptée dans le cadre de l'assemblée générale ordinaire, où l'actionnaire peut aisément se faire représenter. Les modalités et le plafonnement du remboursement doivent être clairement posés dans la

¹²¹ Cf. J. BURGARD, « Les assemblées en duplex », *Rev. sociétés*, 1973, p. 294.

¹²² Y. GUYON, « Assemblées d'actionnaires », *Rép. soc.*, 2002 (déc. 2010), § 119.

¹²³ ANSA, C.J. n° 426 du 10.09.1997, n° 2932, 11-12.1997.

convocation à l'assemblée. Enfin rien ne semble s'opposer à ce que cette décision fasse l'objet d'une résolution soumise au vote, tant qu'elle est régulièrement inscrite à l'ordre du jour. Un vote positif est plus probable dans les sociétés dont le capital est réparti de façon relativement égale que dans les sociétés de grande taille à l'actionnariat diversifié.

692. Au remboursement des frais de déplacement, le Comité juridique de l'ANSA préférerait la distribution de jetons de présence. D'un montant « très modeste », distribué « au même taux et uniformément à tous les actionnaires présents », ce dédommagement ne doit pas non plus constituer une distribution déguisée¹²⁴ ou porter atteinte au libre exercice du droit de vote en cherchant à l'influencer¹²⁵. Afin de respecter l'égalité de traitement des actionnaires, elle doit en effet être opérée « per capita » et ne pas dépendre du montant du capital possédé par chaque actionnaire¹²⁶. Certaines sociétés encouragent en effet leurs actionnaires à participer en distribuant des jetons de présence. C'est le cas d'Air Liquide, qui offre 10 euros à chaque actionnaire présent physiquement à l'assemblée. La convocation précise que cet avantage n'est alloué qu'aux actionnaires présents en personne, et que l'assemblée doit être valablement tenue. Privilégier la présence physique à la participation à distance prouve que l'objectif poursuivi n'est pas d'atteindre un quorum. Politique participationniste ou cadeau accordé au « club des actionnaires heureux »¹²⁷? La distribution de jeton de présence est sympathique, c'est bien son seul avantage. Elle n'a pour unique et véritable fonction que de fidéliser, gâter un actionnariat satisfait et s'estimant impliqué dans la vie de la société.

Lorsque la réunion des quorums s'avère aléatoire, ou simplement pour faire bonne figure en « rentabilisant » la mise en place d'un service technique de participation à distance à l'assemblée, la société pourrait, sur le modèle des « jetons de présence », distribuer des « jetons de participation ». L'administration fiscale française n'avait pas hésité à offrir une réduction d'impôt de 20 € si la déclaration était opérée en ligne. Face au succès de cette opération, la réduction ne fut plus accordée en 2008 qu'aux primo-déclarants, avant d'être définitivement supprimée en 2011, alors que 12,8 millions de déclarations furent opérés en ligne en 2012¹²⁸.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ F. MANSUY, « Assemblée générale - Tenue... », *J.-Cl. Société Traité*, Fasc. 136-35, 15.04.2005, § 155.

¹²⁶ Y. GUYON, « Assemblées d'actionnaires », *Rép. soc.*, 2002 (déc. 2010), § 119.

¹²⁷ N. STIEL, « Air Liquide : le club des actionnaires heureux », *challenges.fr*, 04.05.2011.

¹²⁸ Ministère de l'économie et des finances, « La déclaration en ligne des revenus confirme son succès », *economie.gouv.fr*, 07.09.2012.

OPA - Calendrier

693. La période entourant l'offre publique d'acquisition exige une prise de décision rapide sur le fondement d'informations factuelles nombreuses et déterminantes. Depuis la directive européenne de 2004 sur les OPA, un accord préalable des actionnaires est requis « avant d'entreprendre toute action susceptible de faire échouer l'offre, à l'exception de la recherche d'autres offres » (art. 9 § 2 dir. OPA). C'est dans ces périodes agitées et décisives que la communication électronique prend tout son sens. Il faut distinguer les délais définissant la période de l'offre, des délais de convocation de l'assemblée générale chargée de l'apprécier. Ces derniers agissent selon des canons similaires à ceux présentés plus haut, ils ont comme point de référence le jour de la tenue de l'assemblée. Ils sont seulement plus courts. Ils cristallisent, écrivent certains, une « harmonisation des calendriers 'boursiers' et 'sociétaires', le temps de la bourse étant à l'évidence plus rapide que celui du droit des sociétés »¹²⁹.

694. La publication de l'avis de réunion des sociétés cotées au BALO (art. R. 225-73 al. 1^{er} C. com.) et sur le site internet de la société (art. R. 225-73-1 C. com.) doit avoir lieu au plus tard 15 jours avant l'assemblée. Le droit français ajoute un jour au délai minimum de deux semaines prévu à l'article 9 § 4 par la directive 2004/25/CE concernant les offres publiques d'acquisition, article que la directive « actionnaires » de 2007 a bien pris soin – sur amendement cependant – de ne pas abroger en y faisant explicitement référence dès la première phrase de l'article 5 relatif aux informations préalables à l'assemblée générale. Les demandes d'inscription de points ou de projets de résolution à l'ordre du jour doivent parvenir à la société au plus tard le dixième jour avant l'assemblée (art. R. 225-73 C. com.). L'insertion au BALO de l'avis de convocation, l'envoi des convocations aux actionnaires (par lettre ou voie électronique) doivent quant à elles avoir lieu au moins 6 jours avant l'assemblée (art. R. 255-69 C. com.). Ces délais, et *a fortiori* ceux auxquels il faut soustraire le temps de l'envoi postal, sont particulièrement courts.

695. Le § 16 IV WpÜG concentre les règles de convocation de l'assemblée générale en situation d'OPA. Il pose un délai de convocation d'au moins 14 jours (cf. art. 9 § 4 dir. OPA¹³⁰). Comme pour le calcul des autres délais évoqués plus haut, ni le jour de la

¹²⁹ D. CARREAU, H. LETREGULLY, « Offres publiques (OPA, OPE, OPR) », *Rép. soc.*, n° 333, juin 2012.

¹³⁰ Le droit allemand reprend ainsi le délai minimum de deux semaines prévu par la directive 2004/25/CE du 21.04.2004 concernant les offres publiques d'acquisition.

convocation, ni le jour de l'assemblée ne sont à comptabiliser. Les communications, rapports et propositions de résolutions doivent être mis à la disposition de tous les actionnaires. Ils en sont informés de manière abrégée. Cependant l'envoi des communications peut ne pas avoir lieu, lorsque le directoire, avec l'accord du conseil de surveillance, est « convaincu » que la réception n'aura « vraisemblablement » pas lieu à temps. La juxtaposition des deux termes laisse une certaine marge d'appréciation aux dirigeants. Retenons de cette mesure que les convocations et des documents nécessaires à l'appréciation de l'offre d'acquisition doivent être publiés, de préférence sur le site internet de la société, afin de permettre un accès certain aux actionnaires. L'envoi de ces documents n'est pas obligatoire, et dépend du temps que se donne la société pour répondre à l'offre. Les détails de l'offre sont déjà publiés sur internet et sur le site du journal officiel (§ 14 III WpÜG, art. 8 dir. OPA). La directive de 2004 concernant les offres publiques d'acquisition autorisait les États membres à « prévoir des règles permettant la convocation d'une assemblée générale des actionnaires à bref délai » (art. 9 § 4 dir. OPA). Le droit allemand autorise ainsi les sociétés, dans des situations exceptionnelles et urgentes, à se priver d'envoi des informations.

Une communication électronique remédierait évidemment à ce problème. Elle ne nécessite aucune organisation logistique particulière, aucune impression chronophage. Elle est gratuite et immédiate pour les actionnaires au nominatif, et pourrait aisément être relayée aux actionnaires au porteur.

Sociétés dont toutes les actions ne revêtent pas la forme nominative

696. Le droit positif français des sociétés anonymes distingue les sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé des sociétés dont les actions ne revêtent pas toutes la forme nominative. La distinction n'est déjà pas évidente en soi, sa raison d'être et ses effets juridiques ne le sont guère plus. Les destinataires des différents articles relatifs à la diffusion de la convocation varient selon les cas. Tantôt n'incluent-ils que ces premières, tantôt englobent-ils les deux types de sociétés.

697. Par exemple, l'article R. 210-20 C. com. relatif à la tenue d'un site internet ne s'impose qu'aux sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé. De même pour l'article R. 225-73-1 C. com., énonçant les modalités de diffusion de la convocation sur internet. Ces deux articles ne font donc pas allusion aux sociétés « dont toutes les actions ne revêtent pas la forme nominative ». Cette formule est par exemple

retenue depuis 2006 dans les articles R. 225-67 et -73 C. com. relatifs à la publication de la convocation au BALO. Ces derniers articles s'appliquent en effet conjointement aux sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, et aux sociétés dont les actions ne revêtent pas toutes la forme nominative. Un décret de décembre 2006 avait donc assimilé ces deux types de sociétés anonymes¹³¹. Plus qu'un rappel, un exercice de clarification s'impose.

698. De 1981¹³² à 2009, les titres financiers qui n'étaient pas « admis à la cote d'une bourse » - ou « aux négociations d'un marché réglementé » selon l'expression utilisée depuis 1996 en droit financier¹³³ - devaient « être inscrits dans un compte-titres tenu par l'émetteur au nom du propriétaire des titres »¹³⁴. Autrement dit, les actions des sociétés non officiellement cotées devaient être nominatives.

699. Une ordonnance de 2004¹³⁵ introduisit un peu de souplesse dans ce texte en permettant un accès plus aisé des sociétés « à l'épargne ». Par dérogation, les sociétés qui n'étaient pas admises à la cote d'un marché réglementé pouvaient désormais émettre des titres non nominatifs (actions au porteur ou obligations), à la condition d'être admises aux négociations d'un dépositaire central¹³⁶. Ces actions au porteur, transitant par des intermédiaires financiers, pouvaient ainsi être négociées sur un marché libre (non réglementé), afin d'augmenter le volume de transactions et, partant, la liquidité de la société¹³⁷.

En pratique cependant, l'émission d'actions au porteur, couplée donc à l'admission aux opérations d'un dépositaire central, « suppose une diffusion large des titres, qui de fait

¹³¹ D. n° 2006-1566 du 11.12.2006, JORF 12.12.2006, p. 18762., art. 24 pour R. 225-67 C. com., art. 29 pour R. 225-73 C. com.

¹³² Art. 94 II loi de finances pour 1982 n°81-1160 du 30.12.1981, JORF 31.12.1981, p. 3539.

¹³³ Art. 96 II loi n° 96-597 du 02.07.1996 de modernisation des activités financières, JORF 04.07.1996, p. 10063.

¹³⁴ Anc. art. L. 211-4 al. 2 C. mon. fin.

¹³⁵ Art. 52 ord. n° 2004-604 du 24.06.2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales, JORF n° 147, 26.06.2004 ; Cf. P. BISSARA, *in* ANSA, 04-058, 2004, p. 4 (*Rev. sociétés*, 2004, p. 461) ; P. GROSJEAN, « La réforme du régime des valeurs mobilières non cotées : assouplissement du critère d'obligation de nominativité... », *PA*, n° 33, 16.02.2005, p. 7 ; J.-J. DAIGRE, P. PAILLER, « Commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », *Rev. sociétés*, 05.05.2009, § 31, p. 7.

¹³⁶ Anc. a L. 211-4 al. 3 C. mon. fin de juin 2004 ; notons que c'est uniquement si les statuts le permettaient que les actions pouvaient être inscrites en compte chez un intermédiaire financier (c'est-à-dire être converties en actions au porteur) ; v. *infra*, note 140.

¹³⁷ Cf. ANSA, « Tenue de comptes de titres et documents normalisés concernant les mouvements de titres », n° 10-002, 03.03.2010, p. 4.

correspond à un appel public à l'épargne »¹³⁸. Plus la diffusion des titres est large, plus l'information effective des actionnaires est aléatoire. La diffusion des informations doit alors être d'autant plus large. Aussi le législateur jugea-t-il opportun d'élargir le champ d'application des obligations relatives à la publication au BALO des convocations aux AG aux sociétés dont les actions ne revêtent pas toutes la forme nominative.

700. Depuis la refonte du droit des titres de 2009¹³⁹, la loi dispose que « les titres financiers admis aux opérations d'un dépositaire central peuvent être inscrits dans un compte-titres tenu par un intermédiaire »¹⁴⁰. Ce qui était une dérogation est maintenant une règle¹⁴¹ : les sociétés dont les actions sont admises aux opérations d'un dépositaire central peuvent émettre des actions au porteur. Un autre léger changement est opéré à l'alinéa 2nd dudit article, qui dispose que les titres qui ne sont pas admis aux opérations d'un dépositaire central (et non plus d'un marché réglementé) doivent être au nominatif¹⁴².

Termes et délais

701. Le terme est la date de l'échéance d'un délai. Le terme est donc un instant précis, le délai un laps de temps plus ou moins long. La loi peut autant fixer des termes (J-1, 15h) que des délais (deux jours avant la tenue de l'assemblée), à partir duquel les termes sont calculés selon les particularités du calendrier officiel à prendre en compte (jours ouvrés, jours de bourses, etc.).

702. L'ARUG de 2009 a modifié le régime de la détermination des termes (*Termine*¹⁴³) et délais (*Fristen*). En 2005¹⁴⁴, l'*Aktiengesetz* posa quelques règles pour le calcul des délais. Le

¹³⁸ J.-P. VALUET, « Le décret du 11 décembre 2006 sur les sociétés commerciales », *Rev. sociétés*, 2007, p. 227.

¹³⁹ Art. 1 ord. n° 2009-15 du 08.01.2009 relative aux instruments financiers, JORF 09.01.2009, p. 570.

¹⁴⁰ Art. L. 211-7 al. 1^{er} C. mon. fin., remplaçant en partie l'art. L. 211-4 du même code. Notons qu'aujourd'hui, seule une « décision contraire de l'émetteur » peut interdire que les actions soient inscrites dans un compte-titres tenu par un intermédiaire (selon le vocabulaire retenu) ; v. *supra*, note 136.

¹⁴¹ Cf. ANSA, « Tenue de comptes de titres », n° 10-002, 03.03.2010, p. 4.

¹⁴² Cette formulation pose une obligation unilatérale. Elle ne permet bien entendu pas d'affirmer que toutes les actions au nominatif sont exclues des opérations d'un dépositaire central.

¹⁴³ Notons l'ajout en 2009 de la notion de « *Termin* », à traduire ici par le mot « terme », dans le sens de date, de moment fixé, et non de délais, de limite ou de fin. La notion n'est pas définie par la loi, mais le législateur en donne une explication : le terme correspond « à la seconde juridique du début du jour désigné », soit à 0h00 (RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 28). Une partie de la doctrine ne comprend pas l'intérêt de cette nouvelle terminologie (K. SCHMIDT, M. LUTTER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2010, « § 121 », p. 1658.). Le législateur cite dans son explication de texte trois dispositions (§§ 123 III 3, 125 II et 128 I AktG) faisant déjà allusion « au début du 21^e [et respectivement du 14^e et 21^e] jour précédent l'assemblée ». L'ajout du mot termes servirait donc à affiner la détermination de ces instants. La distinction terminologique semble en réalité justifiée

§ 123 IV (ab.) disposait ainsi que « les délais, à fixer à rebours de l'AG, ne doivent pas prendre en compte le jour de la réunion ». Ce principe, clarifiant le régime précédant et bien accueilli par la doctrine et la pratique, fut repris dans le § 121 VII AktG introduit en 2009.

Le texte de 2005 ajoutait ensuite que « si la fin du délai tombe un dimanche, un jour férié reconnu par la loi du lieu du siège social¹⁴⁵, ou un samedi, il faut retenir le jour ouvré précédent ». Cette mesure était est la traduction en droit des sociétés du § 193 BGB déplaçant le jour désigné d'un délai au prochain jour ouvré, au cas où il tomberait sur un dimanche, un jour férié légalement reconnu (au lieu de la déclaration de volonté ou d'exécution de l'obligation), ou un samedi. Les délais du droit de l'AG étant à déterminer à rebours, l'*Aktiengesetz* déplace le jour désigné au jour ouvré précédent, afin de ne pas réduire ces délais et courir le risque de porter atteinte aux droits des actionnaires. Cette reprise du code civil était à vrai dire purement formelle, le droit civil des délais (§§ 187 à 193 BGB) s'appliquant à défaut de règles spéciales l'évinçant¹⁴⁶. Ce rappel s'inscrivait dans le cadre de la protection des dimanches et jours fériés chère aux conservateurs allemands.

Cette mesure ne répondit cependant en rien aux interrogations de la pratique et de la doctrine, et quelques quatre ans plus tard, le législateur profita de la transposition de la directive « actionnaires » pour changer de bord. Ce n'est pas que ce principe fût jugé trop lourd pour les sociétés, amenées certes à suivre certaines précautions, mais privées de calculs lors de la détermination de la date de l'assemblée. Inutile ainsi par exemple de faire en sorte que J-6, J-14 et J-30 ne tombent pas un dimanche ou un jour férié – le jour de l'AG ne comptant pas. Depuis l'ARUG, l'*Aktiengesetz* déroge explicitement aux dispositions du droit civil relatives à la détermination des délais¹⁴⁷. Le nouveau § 121 VII AktG pose dès lors que si ces délais ou termes tombent un dimanche, un samedi ou un jour férié, un avancement ou un ajournement au premier jour ouvré n'entre pas en considération. La justification n'a pas convaincu les commentateurs qui ne voient pas en quoi – et l'on ne pourra le leur reprocher – la prise en compte des dimanches, samedis et jours fériés dans la détermination des délais

par l'existence de situations différentes : le délai implique une obligation d'action dans un certain laps de temps, tandis que le terme relève du constat d'une situation (en l'occurrence la possession d'actions) à un instant précis (cf. T. FLORSTEDT, « Fristen und Termine im Recht der Hauptversammlung », *ILF Frankfurt*, WP n° 114, p.6).

¹⁴⁴ Cf. art. 1 n° 5 UMAG, 22.09.2005, BGBl. I, p. 2802.

¹⁴⁵ Mis à part un tronc commun de jours fixés au niveau fédéral, la compétence pour fixer les jours fériés revient par principe aux *Länder*.

¹⁴⁶ RegE UMAG, BT-Drs 15/5092, 14.03.2005, p. 14.

¹⁴⁷ Le gouvernement a estimé que « la protection du dimanche et des jours fériés n'est plus en concordance avec un droit moderne des sociétés, dont la finalité est aussi de renforcer les droits des actionnaires étrangers. Or l'on ne peut exiger des actionnaires étrangers ni des recherches sur les jours fériés allemands, ni sur les particularités d'un régime de délais devenu trop compliqué », poursuit l'explication de texte ; RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 29.

compliquerait la vie des actionnaires, puisque le dernier jour des délais doit être explicitement cité dans la convocation¹⁴⁸.

La présentation gouvernementale du projet de loi de 2009 rappelle que le jour de l'assemblée ne doit pas être comptabilisé, mais elle précise de plus que le dernier jour du délai ne doit pas non plus l'être¹⁴⁹. Ainsi, si la loi prévoit un délai de sept jours, l'on doit pouvoir compter sept jours complets entre l'événement et l'assemblée. En effet, la loi a été modifiée quant aux deux cotés de ces délais. Du côté du jour de l'assemblée, de manière générale et absolue, au § 121 VII AktG. De manière particulière, dans certaines des dispositions légales posant un délai. Le nouveau § 123 I 2 AktG dispose par exemple que le jour de la convocation ne doit pas être comptabilisé. Autre exemple, le jour de la réception de l'inscription à l'AG – devant parvenir à la société 6 jours avant l'assemblée – ne sera pas pris en compte. Dernier exemple, le § 123 II 5 AktG dispose que le jour de la réception de l'attestation de détention d'actions – devant parvenir à la société 21 jours avant l'assemblée – ne doit pas être pris en considération.

703. Le § 121 VII 4 AktG dispose enfin que les statuts des sociétés non cotées peuvent prévoir d'autres règles de détermination des délais. Cette disposition spéciale aux sociétés non cotées est intéressante. Le régime juridique de l'assemblée générale s'applique d'habitude par défaut à toutes les sociétés par actions, et par dérogation aux sociétés cotées, nécessitant par nature une réglementation plus stricte et détaillée. Ce renversement de situation est peut-être la marque d'une résistance politique conservatrice au bénéfice des sociétés de petite taille, *a priori* plus insérées régionalement, et certainement plus attachées au respect des dimanches et jours fériés. Rappelons que ce respect est protégé par le bloc constitutionnel, à travers l'article 139¹⁵⁰ de la Constitution du Reich allemand du 11 août 1919 (*Weimarer Reichsverfassung*, WRV), que l'article 140 de la loi fondamentale en vigueur fait explicitement revivre. Le premier avantage de cette liberté statutaire n'est cependant que d'ordre pratique : ce faisant, le législateur n'impose pas à la grande majorité des sociétés par actions de revenir sur leurs clauses statutaires prises sous l'ancien régime, dont la validité n'est pas remise en cause.

¹⁴⁸ K. SCHMIDT, M. LUTTER, *Aktiengesetz*, 2^e éd., 2010, « § 121 AktG », p. 1658.

¹⁴⁹ RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009, p. 28.

¹⁵⁰ Art. 139 WRV : « Der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage bleiben als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt. » (« Le dimanche et les jours fériés officiels [et non pas étatiques] restent protégés par la loi comme consacrés au repos physique et au recueillement spirituel »).

III - PROPOSITIONS DE RÉVISIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES

A) Droit français

Droit positif - Partie législative	Propositions
<p>Article L. 225-107 C. com.</p> <p>I. Tout actionnaire peut voter par correspondance, au moyen d'un formulaire dont les mentions sont fixées par décret en Conseil d'État. Les dispositions contraires des statuts sont réputées non écrites. Pour le calcul du quorum, il n'est tenu compte que des formulaires qui ont été reçus par la société avant la réunion de l'assemblée, dans les conditions de délais fixées par décret en Conseil d'État. Les formulaires ne donnant aucun sens de vote ou exprimant une abstention sont considérés comme des votes négatifs.</p> <p>II. Si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification et dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'État.</p>	<p>Article L. 225-107 C. com.</p> <p>I. Tout actionnaire peut voter par correspondance <i>ou par voie électronique</i>, au moyen d'un formulaire dont les mentions <i>et les modalités d'envoi</i> sont fixées par décret en Conseil d'État.</p> <p>II. Si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence.</p>
<p>Article L. 225-108 al. 3 et 4 C. com.</p> <p>À compter de la communication prévue au premier alinéa, tout actionnaire a la faculté de poser par écrit des questions auxquelles le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, est tenu de répondre au cours de l'assemblée. Une réponse commune peut être apportée à ces questions dès lors qu'elles présentent le même contenu.</p> <p>La réponse à une question écrite est réputée avoir été donnée dès lors qu'elle figure sur le site internet de la société dans une rubrique consacrée aux questions-réponses.</p>	<p>Article L. 225-108 al. 3 et 4 C. com.</p> <p>À compter de la communication prévue au premier alinéa, tout actionnaire a la faculté de poser par écrit des questions auxquelles le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, est tenu de répondre <i>dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'État</i>.</p>

Droit positif - Partie réglementaire	Propositions
<p>Article R. 225-61 C. com.</p> <p>Les sociétés dont les statuts permettent aux actionnaires de voter aux assemblées par des moyens électroniques de télécommunication aménagent un site exclusivement consacré à ces fins.</p>	<p>Article R. 225-61 C. com.</p> <p><i>Lorsque les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé décident, conformément aux statuts, de permettre aux actionnaires de voter par voie électronique, elles aménagent un site exclusivement consacré à ces fins.</i></p>
<p>Article R. 225-62 C. com.</p> <p>Sous réserve des dispositions des articles R. 225-66 à R. 225-70, les statuts de la société fixent les règles de convocation des assemblées d'actionnaires.</p>	<p>Article R225-62 C. com.</p> <p>Sous réserve des dispositions des articles R. 225-66 à R. 225-70, les statuts de la société fixent les règles de convocation des assemblées d'actionnaires.</p> <p><i>Toutefois, et sans préjudice des autres mesures permises par la présente section, l'assemblée générale, statuant dans les conditions de quorum et de majorité prévues à l'article L. 225-96, peut décider d'adopter des règles de convocation propres aux assemblées générales extraordinaires ayant lieu jusqu'à la prochaine assemblée ordinaire et permettant aux actionnaires le vote par voie électronique dans les conditions définies à l'article R. 225-61.</i></p>
<p>Article R. 225-63 al. 1er 1^e phrase C. com.</p> <p>Les sociétés qui entendent recourir à la communication électronique en lieu et place d'un envoi postal pour satisfaire aux formalités prévues aux articles R. 225-67, R. 225-68, R. 225-72, R. 225-74, R. 225-88 et R. 236-3 soumettent une proposition en ce sens aux actionnaires inscrits au nominatif, soit par voie postale, soit par voie électronique.</p>	<p>Article R. 225-63 al. 1^{er} 1^e phrase C. com.</p> <p>Les sociétés qui entendent recourir à la communication électronique en lieu et place d'un envoi postal pour satisfaire aux formalités prévues aux articles R. 225-67, R. 225-68, R. 225-72, R. 225-74, R. 225-75, R. 225-88 et R. 236-3 soumettent une proposition en ce sens aux actionnaires inscrits au nominatif, soit par voie postale, soit par voie électronique.</p>
<p>Article R. 225-66 al. 2nd 2^e phrase C. com.</p> <p>L'avis de convocation indique les conditions dans lesquelles les actionnaires peuvent voter par correspondance et les lieux et les conditions dans lesquelles ils peuvent obtenir les formulaires nécessaires et les documents qui y sont annexés et, le cas échéant, l'adresse électronique où peuvent être adressées les questions écrites.</p>	<p>Article R. 225-66 al. 2nd 2^e phrase C. com.</p> <p>L'avis de convocation indique les conditions dans lesquelles les actionnaires peuvent voter par correspondance et les lieux et les conditions dans lesquelles ils peuvent obtenir les formulaires nécessaires et les documents qui y sont annexés et, le cas échéant, l'adresse électronique où peuvent être adressées les questions écrites.</p>
<p>Article R. 225-69 C. com.</p> <p>Le délai entre la date soit de l'insertion ou de la dernière des insertions contenant un avis de convocation, soit de l'envoi des lettres, soit de la transmission de la convocation par télécommunication électronique, et la date de l'assemblée est au moins de quinze jours sur première convocation et de dix jours sur convocation suivante. Lorsque l'assemblée est convoquée en application des dispositions de l'article</p>	<p>Article R. 225-69 C. com.</p> <p>Le délai entre la date soit de l'insertion ou de la dernière des insertions contenant un avis de convocation, soit de l'envoi des lettres, soit de la transmission de la convocation par télécommunication électronique, et la date de l'assemblée est au moins de quinze jours sur première convocation et de dix jours sur convocation suivante. Lorsque l'assemblée est convoquée en application des dispositions de l'article</p>

L. 233-32, ce délai est au moins de six jours sur première convocation et de quatre jours sur convocation suivante. En cas d'ajournement de l'assemblée par décision de justice, le juge peut fixer un délai différent.

L. 233-32 *ou de l'alinéa 2 de l'article R. 225-62*, ce délai est au moins de six jours sur première convocation et de quatre jours sur convocation suivante. En cas d'ajournement de l'assemblée par décision de justice, le juge peut fixer un délai différent.

Article R. 225-73 C. com.

I. - Lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou ne revêtent pas toutes la forme nominative, la convocation mentionnée à l'article R. 225-66 est précédée d'un avis publié au Bulletin des annonces légales obligatoires, trente-cinq jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale. Ce délai est ramené à quinze jours lorsque l'assemblée générale est convoquée en application des dispositions de l'article L. 233-32.
[...]

2° Une description claire et précise des modalités d'exercice des facultés définies au deuxième alinéa de l'article L. 225-105 et au troisième alinéa de l'article L. 225-108, en particulier l'adresse postale et, le cas échéant, l'adresse électronique où peuvent être adressés les points ou projets de résolution et les questions écrites, le délai imparti pour leur transmission, la liste des pièces justificatives devant être adressées conformément aux dispositions de la présente section ;
[...]

II. - al. 2nd

Lorsque l'assemblée est convoquée en application des dispositions de l'article L. 233-32, ces demandes doivent parvenir à la société au plus tard le dixième jour avant l'assemblée.

Article R. 225-73 C. com.

I. - Lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou ne revêtent pas toutes la forme nominative, la convocation mentionnée à l'article R. 225-66 est précédée d'un avis publié au Bulletin des annonces légales obligatoires, trente-cinq jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale. Ce délai est ramené à quinze jours lorsque l'assemblée générale est convoquée en application des dispositions de l'article L. 233-32 *ou de l'alinéa 2 de l'article R. 225-62*.
[...]

2° Une description claire et précise des modalités d'exercice des facultés définies au deuxième alinéa de l'article L. 225-105 et au troisième alinéa de l'article L. 225-108, en particulier l'adresse postale ~~et, le cas échéant, l'adresse électronique~~ où peuvent être adressés les points ou projets de résolution et les questions écrites, le délai imparti pour leur transmission, la liste des pièces justificatives devant être adressées conformément aux dispositions de la présente section ;
[...]

II. - al. 2nd

Lorsque l'assemblée est convoquée en application des dispositions de l'article L. 233-32 *ou de l'alinéa 2 de l'article R. 225-62*, ces demandes doivent parvenir à la société au plus tard le dixième jour avant l'assemblée.

Article R. 225-73-1 al. 5 C. com.

Lorsque l'assemblée est convoquée en application des dispositions de l'article L. 233-32, le délai fixé au premier alinéa du présent article est ramené au plus tard au quinzième jour précédant l'assemblée.

Article R. 225-73-1 al. 5 C. com.

Lorsque l'assemblée est convoquée en application des dispositions de l'article L. 233-32 *ou de l'alinéa 2 de l' R. 225-62*, le délai fixé au premier alinéa du présent article est ramené au plus tard au quinzième jour précédant l'assemblée.

Article R. 225-75 C. com.

À compter de la convocation de l'assemblée, tout actionnaire peut demander par écrit à la société de lui adresser, le cas échéant par voie électronique, dans les conditions définies à l'article R. 225-61, un formulaire de vote à distance. Cette demande doit être déposée ou parvenue au siège social au plus tard six jours avant la date de la réunion.

Article R. 225-75 C. com.

Au plus tard six jours avant la date de la réunion, la société adresse un formulaire de vote par correspondance, le cas échéant par voie électronique dans les conditions définies à l'article R. 225-63, à tout actionnaire en ayant formulé la demande à l'adresse indiquée dans la convocation.

Article R. 225-77 C. com.

La date après laquelle il ne sera plus tenu compte des formulaires de vote reçus par la société ne peut être antérieure de plus de trois jours à la date de la réunion de l'assemblée, sauf délai plus court prévu par les statuts. Toutefois, les formulaires électroniques de vote à distance peuvent être reçus par la société jusqu'à la veille de la réunion de l'assemblée générale, au plus tard à 15 heures, heure de Paris.

Article R. 225-79 al. 2 C. com.

Pour l'application du premier alinéa, lorsque la société décide, conformément aux statuts, de permettre la participation des actionnaires aux assemblées générales par des moyens de communication électronique, la signature de l'actionnaire ou de son représentant légal ou judiciaire peut résulter d'un procédé fiable d'identification de l'actionnaire, garantissant son lien avec le formulaire de vote à distance auquel elle s'attache.

Article R. 225-82 II C. com.

L'inscription des titres dans les comptes de titres au porteur tenus par un intermédiaire mentionné à l'article L. 211-3 du code monétaire et financier est constatée par une attestation de participation délivrée par ce dernier, le cas échéant par voie électronique dans les conditions prévues à l'article R. 225-61, en annexe au formulaire de vote à distance ou de procuration ou à la demande de carte d'admission établis au nom de l'actionnaire ou pour le compte de l'actionnaire représenté par l'intermédiaire inscrit.

Article R. 225-84 al. 1^{er} et 2nd C. com.

Les questions écrites mentionnées au troisième alinéa de l'article L. 225-108 sont envoyées, au siège social par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au président du conseil d'administration ou du directoire ou par voie de télécommunication électronique à l'adresse indiquée dans la convocation, au plus tard le quatrième jour ouvré précédant la date de l'assemblée générale.

Elles sont accompagnées d'une attestation d'inscription soit dans les comptes de titres nominatifs tenus par la société, soit dans les comptes de titres au porteur tenus par un intermédiaire mentionné à l'article L. 211-3 du code monétaire et financier.

Article R. 225-77 C. com.

La date après laquelle il ne sera plus tenu compte des formulaires de vote reçus par la société ne peut être antérieure de plus de trois jours à la date de la réunion de l'assemblée, sauf délai plus court prévu par les statuts. ~~Toutefois, les formulaires électroniques de vote à distance peuvent être reçus par la société jusqu'à la veille de la réunion de l'assemblée générale, au plus tard à 15 heures, heure de Paris.~~

Article R. 225-79 al. 2 C. com.

Pour l'application du premier alinéa, lorsque la société décide, conformément aux statuts, de permettre la participation des actionnaires aux assemblées générales par des moyens de communication électronique, la signature de l'actionnaire ou de son représentant légal ou judiciaire peut résulter d'un procédé fiable d'identification de l'actionnaire, garantissant son lien avec ~~la formule de procuration de vote à distance~~ auquel elle s'attache.

Article R. 225-85 II C. com.

L'inscription des titres dans les comptes de titres au porteur tenus par un intermédiaire mentionné à l'article L. 211-3 du code monétaire et financier est constatée par une attestation de participation délivrée par ce dernier, le cas échéant par voie électronique ~~dans les conditions prévues à l'article R. 225-61~~, en annexe au formulaire de vote à distance ou de procuration ou à la demande de carte d'admission établis au nom de l'actionnaire ou pour le compte de l'actionnaire représenté par l'intermédiaire inscrit.

Article R. 225-84 al. 3 et 4 C. com.

Une réponse commune peut être apportée à ces questions dès lors qu'elles présentent le même contenu.

La réponse à une question écrite est donnée durant l'assemblée. Elle est réputée avoir été donnée dès lors qu'elle figure sur le site internet de la société dans une rubrique consacrée aux questions-réponses.

Article R. 225-97 C. com.

Afin de garantir, en vue de l'application du II de l'article L. 225-107 du code de commerce, l'identification et la participation effective à l'assemblée des actionnaires y participant par des moyens de visioconférence ou de télécommunication, ces moyens transmettent au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations.

Article R. 225-97 C. com.

Afin de garantir, en vue de l'application du II de l'article L. 225-107 du code de commerce, l'identification et la participation effective à l'assemblée des actionnaires y participant par des moyens de visioconférence ~~ou de télécommunication~~, ces moyens ~~transmettent au moins la voix des participants~~ et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations.

B) Droit allemand

Droit positif	Propositions
<p>§ 123 Frist...</p> <p>(1) Die Hauptversammlung ist mindestens dreißig Tage vor dem Tage der Versammlung einzuberufen. Der Tag der Einberufung ist nicht mitzurechnen.</p>	<p>§ 123 Frist...</p> <p>(1) Die Hauptversammlung ist mindestens dreißig Tage vor dem Tage der Versammlung einzuberufen. <i>Bei Gesellschaften, die ausschließlich Namensaktien ausgegeben haben, und durch Beschluß einer Hauptversammlung eine Abkürzung der Ladungsfrist vorgesehen haben, darf die nicht Jahreshauptversammlung bis zu dem fünfzehnten Tag vor dem Tage der Versammlung einberufen werden. Der Beschluß bedarf eine Mehrheit, die mindestens zwei Drittel des bei Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt, und gilt spätestens bis zur nächsten ordentlichen Hauptversammlung. In diesem Fall ist allen Aktionären die Abgabe ihrer Stimmen im Wege elektronischer Kommunikation gemäß § 118 Abs. 2 AktG anzubieten. Der Tag der Einberufung ist in beiden Fällen nicht mitzurechnen.</i></p>
<p>§ 125 Mitteilungen für die Aktionäre und an Aufsichtsmitglieder</p> <p>(1) Der Vorstand hat mindestens 21 Tage vor der Versammlung den Kreditinstituten und den Vereinigungen von Aktionären, die in der letzten Hauptversammlung Stimmrechte für Aktionäre ausgeübt oder die die Mitteilung verlangt haben, die Einberufung der Hauptversammlung mitzuteilen. Der Tag der Mitteilung ist nicht mitzurechnen.</p>	<p>§ 125 Mitteilungen für die Aktionäre und an Aufsichtsmitglieder</p> <p>(1) Der Vorstand hat mindestens 21 Tage vor der Versammlung den Kreditinstituten und den Vereinigungen von Aktionären, die in der letzten Hauptversammlung Stimmrechte für Aktionäre ausgeübt oder die die Mitteilung verlangt haben, die Einberufung der Hauptversammlung mitzuteilen. Der Tag der Mitteilung ist nicht mitzurechnen. <i>Bei kürzeren Einberufungsfristen gemäß § 123 I 2 AktG hat die Mitteilung unverzüglich zu erfolgen.</i></p>

BIBLIOGRAPHIE FRANÇAISE

Remarques : dernière consultation des liens internet le 31 août 2015 ; les traductions proposées en Français dans cette étude ne sont pas celles des auteurs des textes cités.

I - Ouvrages, manuels et thèses

- AUBERT (J.-L.), BLANC-JOUVAN (X.), CARON (C.), CHABAS (C., collectif), *Études offertes à Jacques Dupichot : liber amicorum*, E. Bruylant, 2005, 522 p. ;
- LINANT DE BELLEFONDS (X.), « Le vote électronique pour les assemblées d'actionnaires », p. 314.
- BERGE (J.-S.), ROBIN-OLIVIER (S.), *Introduction au droit européen*, PUF, Themis, (1^{ère} éd., 2008), 2^{nde} éd., 2011, 560 p.
- CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, LGDJ, 7^e éd., 1992, 419 p.
- CONVERT (L.), *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés - Étude de droit comparé, Angleterre, Espagne, France*, LGDJ, Thèses, Bibl. droit privé, T. 376, 2003, 690 p.
- DE CORDT (Y.), *L'égalité entre actionnaires*, É. Bruylant, coll. Bibl. de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2004, 1050 p.
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Droit Essais, 2011, 9^e éd., 1093 p.
- *Linguistique juridique*, Montchrestien, Coll. Précis Domat, 3^e éd., 2005, 456 p.
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Litec, 26^e éd., 2013, 850 p.
- DELMAS-MARTY (M.), *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, 439 p.
- DIDIER (P.), DIDIER (PH.), *Droit commercial – Les sociétés commerciales*, Tome 2, Economica, Corpus Droit Privé, 2011, 1153 p.
- DONDERO (B.), LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, coll. Droit privé, 6^e éd., 2014, 1088 p.
- DUPONT (X.), *Salut la compagnie ! Mémoires d'un agent de change*, Albin Michel, coll. « Mémoires d'entrepreneurs », 2002, 240 p.
- FAUCHON (A.), MERLE (P.), *Droit commercial – Sociétés commerciales*, Dalloz, Précis Dalloz, 18^e éd., 2015, 967 p.
- FERAL-SCHUL (C.), *Cyberdroit - Le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz, Praxis, 6^e éd., 2011/2012, 1100 p.
- FLICHY (P.), *The internet imaginaire*, The MIT Press, 2007 (2001), 255 p.
- GAVALDA (C., Mélanges en l'honneur de), *Propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2012, 330 p. ;
- GUYON (Y.), « La société anonyme, une démocratie parfaite ! », p. 133.
- GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), RIPERT (G.), ROBLLOT (R.), *Traité de droit des affaires – Les sociétés commerciales*, Tome 2, 21^e éd., 2014, 1078 p.
- GUYON (Y., Mélanges en l'honneur de), *Aspects actuel du droit des affaires*, Dalloz, 2003, 1164 p. ;
- DUCOULOUX-FAVARD (C.), « Grandeur et décadence des assemblées générales d'actionnaires », p. 359 ;
- HISSUNG-CONVERT (N.), *La spéculation boursière face au droit 1799-1914*, LGDJ, Thèses, Bibl. droit privé, T. 511, 2009, 511 p.
- LE DOLLEY (E., dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, Droit & Économie, 2010, 488 p. ;
- V.-L. BENABOU, « Le libre », p. 57.
- LEGRAND (P., dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 1^e éd., 2009 ;
- BERCEA (R.), « Toute comparaison des droits est une fiction », p. 41 ;
 - MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Approches épistémologiques de la comparaison des droits », p. 123 ;

- MONATERI (P. G.), « Éléments de comparaison des études comparatives », p. 69 ;
- MUIR WATT (H.), « Comparer l'efficacité des droits », p. 433 ;
- VALCKE (C.), « 'Droit' : réflexions sur une définition aux fins de comparaison », p. 99 ;
- LEGRAND (P.), *Le droit comparé*, Que sais-je ?, 2^e éd., PUF, 2006, 125 p.
- LINANT DE BELLEFONDS (X.) (Études à la mémoire du Professeur), *Droit et technique*, LexisNexis, 2007 ;
- GERMAIN (M.), « Technique et droit des sociétés : l'ubiquité des dirigeants et des actionnaires », p. 205 ;
- MARINI (P.), *La modernisation du droit des sociétés - Rapport au Premier ministre*, La documentation française, 1996.
- MATHIEU (A.), BOURGUIGNAT (A.), *Commentaire de la loi sur les sociétés du 24-29 Juillet 1867*, Paris, 1868.
- PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, Thèse, LGDJ, Bibl. droit privé, T. 402, 2003, 640 p.
- REDENIUS-HOEVERMANN (J.), *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et en droit allemand*, LGDJ, Thèses, Bibl. droit privé, T. 517, 2010, 530 p.
- TERRE (F., Mélanges en l'hommage à), *L'avenir du droit*, PUF, 1999 ;
- CHAPUT (Y.), « La communication par codes du droit des affaires », p. 251.
- RIVIERE (H.-F.), *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, Paris : A. Marescq Aîné, 1868, 718 p.
- TEYSSIE (B., dir.), *La communication numérique, un droit, des droits*, éd. Panthéon-Assas, 2012 ;
- GERMAIN (M.), « La communication numérique et le vote dans les sociétés », p. 123.
- VALUET (J.-P.), LIENHARD (A.), PISONI (P.), *Code des sociétés et des marchés financiers*, Dalloz Code commenté, 31 éd., Édition 2015.
- VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, 314 p.

II - Articles, notes de doctrine et presse

- ABALLEBA (T.), COHEN-SALMON (S.), « Le vote électronique dans les sociétés commerciales : vers une internationalisation du rôle des organes de décisions », *RDAI/IBLJ*, n° 3, 2003, p. 285.
- AIRAULT (D.), FRISON-ROCHE (M.-A.), REVUZ (J.), « L'efficacité des cessions d'actions nominatives à l'égard de la société émettrice », *RD bancaire et bourse*, n° 36, mars-avr. 1993, p. 65.
- ARTZ (J.-F.), « L'action », *Rép. soc.*, juin 2002 (mars 2013).
- BARANGER (F.), « Web 2.0 – Rendre le pouvoir à l'utilisateur », *Revue banque, Supplément Innovations finance*, juil.-août 2008, p. 16.
- BARRIERE (F.), « La dissociation du droit de vote et de la qualité d'actionnaire, confirmation d'une révolution juridique par la voie réglementaire : les record dates », *Bull. Joly Bourse*, n° 2, 01.02.2007, n° 57, p. 279.
- BEMBARON (E.), « Il s'est vendu plus de tablettes que de PC en France en 2013 », *lefigaro.fr*, 12 fév. 2014.
- BENARD (Y.), J. DUHAMEL (J.), BLIMBAUM (J.), « L'adaptation de la réglementation à la diversité des sociétés cotées », *Bull. Joly Bourse*, 1^{er} juin 2012, p. 262.
- BURGARD (J.), « Les assemblées en duplex », *Rev. sociétés*, 1973, p. 293.
- CAPRIOLI (É. A.), « Annulation d'un vote électronique en l'absence d'une expertise du logiciel conforme », *Comm. Com. électr.*, oct. 2012, comm. 118 ;
- « Les formalités de communication par voie électronique en matière de droit des sociétés », *Comm. com. électr.*, janv. 2012, comm. 9 ;
- « La lettre recommandée électronique, un nouveau décret pour la 'confiance numérique' », *Comm. com. électr.*, avr. 2011, comm. 40 ;
- « Transparence et sécurité des informations financières par voie électronique », *Comm. Com. électr.*, juin 2007, comm. 87 ;
- « Transmission et archivage électronique des informations financières », *RD bancaire et financier*, mars-avr. 2007, n° 81, p. 33. ;
- « Le vote électronique dans les assemblées générales », *Droit et patrimoine*, n° 120, nov. 2003, p. 93.
- CARBONNIER (J.), « *Summum jus, summa injuria* », *expocujas.univ-paris1.fr*, 1996, transmis par le Professeur G. CARCASSONNE [expocujas.univ-paris1.fr/Carbonnier/inedit.html].

- CARO DAMBREVILLE (S.), « Pas très catholique le Macintosh », *Revue des Interactions Humaines Médiatisées*, vol. 12, n° 1, 2011, p. 6.
- CARREAU (D.), LETREGUILLY (H.), « Offres publiques (OPA, OPE, OPR) », *Rép. soc.*, n° 333, juin 2012.
- CARTON (J.), « Légifrance, naissance de l'information juridique officielle sur le Web », *RFDA*, 1998, p. 689.
- CATHIARD (C.), « L'utilisation des moyens de télécommunication pour la préparation et la tenue des conseils et assemblées des sociétés anonymes », *JCP E* 2007, n° 20, p. 1660.
- CHEVALIER (J.), « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 49-2001, p. 827.
- CONCHON (P.-A.), « Les nouvelles obligations en matière d'information périodique », *RD bancaire et fin.*, janv.-fév. 2007, p. 51.
- COTREUIL (J.-B.), « Le vote par internet pour prévenir la délinquance patronale », Rubrique « Vie quotidienne », *moneyweek.fr*, n° 64, 7 janv. 2010 (inaccessible en raison de liquidation judiciaire du journal).
- DAIGRE (J.-J.), « Du droit de vote dans les sociétés cotées », *RD bancaire et fin.*, juil.-août 2006, n° 4, p. 1.
- DETHOMAS (A.), RONTCHEVSKY (N.), « Un premier pas vers l'exercice effectif des droits des actionnaires de sociétés cotées dans l'ensemble de l'Union européenne », *Revue Lamy Droit des affaires*, 9/2007, n°19, p. 10.
- DI NOTO (R.), « L'actionnaire en droit de l'Union européenne - Étude de droit européen et de droit comparé français et allemand en droit des sociétés », Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2010.
- DONDERO (B.), « Décret n° 2011-1473 du 9 novembre 2011 relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés », *RTD com.*, 2012, p. 763.
- DUBERTRET (M.), MANGENET (D.), « Réforme du droit des titres : commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 2009 », *D.* 2009, p. 448.
- DUCOULOUX-FAVARD (C.), « Histoire des grandes sociétés en Allemagne, en France et en Italie », *RIDC*, 4-1992, p. 849-881.
- DUFOUR (O.), « Gouvernement d'entreprise, le pouvoir rendu aux actionnaires ? », *PA*, n° 127, 27 juin 2006, p. 3.
- GROSJEAN (P.), « La réforme du régime des valeurs mobilières non cotées : assouplissement du critère d'obligation de nominativité... », *PA*, n° 33, 16 fév. 2005.
- GARROUSTE (F.), « Les actionnaires vont pouvoir voter par internet », *agefi.fr*, 1^{er} oct. 2009 ;
-, « Le vote en ligne des actionnaires provoque des remous », *agefi.fr*, 22 oct. 2009.
- GUYADER (H.), « L'actionnaire transnational et la directive n° 2007/36/CE du 11 juillet 2007 », *Bull. Joly Bourse*, 6/2008, n° 3, p. 265.
- GUYON (Y.), « Assemblées d'actionnaires », *Rép. soc.*, 2002 (12/2010) ;
-, « Les dispositions du décret du 3 mai 2002 relatives aux assemblées générales d'actionnaires », *D.* 2002, p. 421.
- FLICHY (P.), « La démocratie 2.0 », *Études*, mai 2010, p. 617.
- HOPT (K. J.), « Droit comparé des sociétés - Quelques réflexions sur l'actualité et les évolutions comparées du droit allemand et du droit français des sociétés », *Rev. sociétés*, 2009, p. 309.
- HOVASSE (H.), « Transfert de propriété - Cession de valeurs mobilières », *Dr. sociétés*, fév. 2007, comm. 31.
- LAITHIER (Y.-M.), « Le droit comparé et l'efficacité économique », *Revue de droit Henri Capitant*, n° 1, L'analyse économique du droit et la compétition des droits, 30 déc. 2010.
- LACOUR (J.-P.), « Les investisseurs étrangers montent en puissance dans la Bourse allemande », *lesechos.fr*, (n° 21448) 3 juin 2013, p. 28.
- LAMBERT (A.), « 2012, l'année du vote électronique à la française », *agefi.fr*, 29.03.12 ;
-, « Assemblées générales, le long chemin vers le vote électronique », *agefi.fr*, 21 oct. 2010.
- LE CANNU (P.), DONDERO (B.), « Mieux vaut tard et partiellement que jamais... », *RTD Com.*, 2010, p. 743.
- LECOURT (B.), « Directive n° 2007/36/CE : suite et fin de la transposition par la France », *Rev. sociétés*, 2011, n° 2 p. 130 ;
- LECUYER (H.), « Internet au secours de la démocratie actionnariale », *Comm. Com. électr.*, 11/2005, comm. 174.
- LE GALES (Y.), « L'Adam et Proxinvest lancent une pétition pour le vote des actionnaires sur internet », *blog.lefigaro.fr/legales*, 28 oct. 2009.

- LEGRAND (P.), « À propos d'une réflexion sur la comparaison juridique », *RIDC*, vol. 45, n°4, Oct.-déc. 1993, p. 881.
- LE NABASQUE (H.), « Date du transfert de propriété en cas de cession d'actions 'non cotées' », *RD bancaire et fin.*, janv. 2007, p. 39.
- LEROY (P.-H.), « Confiance et indépendance pour les actionnaires », *lesechos.fr*, 20 nov.2009 ;
 -, « Procédé et système de vote permettant aux actionnaires d'une société de voter électroniquement à distance aux assemblées », INPI Paris, publication n° 2816424, G06f19/00, 18 avr. 03 ; US Patent n° US 7,577,603 B2, 18 août 2009 ; OMPI, EP1334422, 13 août 2003, demande n° WO2001FR03424.
- LIENHARD (A.), « Nouvelles régulations économiques : commentaire du décret n° 2002-803 du 3 mai 2002 », *D.* 2002, p. 1649 ;
 -, « Toilettage du décret sur les sociétés commerciales », *D.* 2007, p. 4.
- LINANT DE BELLEFONDS (X.), « Juste un peu de temps ! », *Comm. Com. électr.*, n° 6, juin 2002, rep. n° 6 ;
 -, « Encore suspendus aux décrets », *Comm. Com. électr.*, n° 3, mars 2002, rep. n° 3.
- LUCAS (F.-X.), « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? », *RD bancaire et fin.*, juil.-août 2002, p. 216.
- MAGNIER (V.), « Nouvelles mesures en faveur de la démocratie actionnariale dans les sociétés cotées », *Rev. sociétés*, 2011, p. 267 ;
 -, « Gouvernance des sociétés cotées », *Rép. soc.*, 2010.
- MAGNIER (V.), MALECKI (C.), PACLOT (Y.), « L'action de groupe des investisseurs : une ardente nécessité », Colloque Sénat, 31 mars 2011.
- MALECKI (C.), « L'actionnaire sans frontières et la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées », *Bull. Joly Société*, 1.9.2007, n° 9, p. 927.
- MANSUY (F.), « Assemblée générale - Tenue... », Fasc. 136-35, *J.-Cl. Société Traité*, cote : 08,2005, 15 avr. 2005 (9 déc. .2011)
 -, « Assemblée générale - Composition... », *Juriscl. Société Traité*, Fasc. 136-10, cote : 01,2007, 15 oct. 2006.
- MONÉGER (J.), « De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de 2000 - Réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification », *RIDE*, 2004/2, p. 171.
- MOULIN (J.-M.) (dir.), « Les mutations du droit de vote dans les sociétés anonymes », Conférence, *Journal des Sociétés, T. Reuteurs*, 13 oct. 2011.
- MUIR WATT (H.), « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, Vol 52, n° 3, août-sept. 2000, p. 503.
- PAILLUSSEAU (J.), « La modernisation du droit des sociétés commerciales - Une reconception du droit des sociétés commerciales », *D.* 1996, p. 287.
- PAPPIN (É.), « La lettre recommandée électronique : une première étape de franchie », Feral-Schuhl / Sainte Marie, Société d'avocats, 2011 [feral-avocats.com/fr/nos-publications/articles_de_presse/650/678.html].
- PELLE (D.), « Pernod Ricard ne goûte guère le vote en ligne », *challenges.fr*, 5. nov. 2009 (inaccessible).
- QUIN (A.), « Transformations du capitalisme et renforcement des droits de contrôle des actionnaires dans les sociétés cotées : l'approche du droit communautaire », *PA*, 9 août 2007, n° 159, p. 3.
- RONTCHEVSKY (N.), « Principaux aspects de la transposition de la directive 'Transparence' en droit français », *RD bancaire et fin.*, janv.-fév. 2007, n° 1, p. 47.
 - « Un premier pas vers l'exercice effectif des droits des actionnaires de sociétés cotées dans l'ensemble de l'Union européenne », *Rev. Lamy. dr. aff.*, 2007-19 ;
- ROSEMAIN (M.), « Vote en ligne : bientôt une solution pour les petits porteurs », *lesechos.fr*, 31 avr. 2011.
- DE ROUHLAC (B.), « Proxinvest et l'Adam militent pour le vote gratuit et direct », *agefi.fr*, 29 oct. 2009.
- ROUSSILLE (M.), « Internet au service du formalisme des assemblées sociétaires », *Dr. sociétés*, janv. 2012, rep. 1.
- SAINTOURENS (B.), « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.*, 4/1987, p. 457.
- STIEL (N.), « Air Liquide : le club des actionnaires heureux », *challenges.fr*, 4 mai 2011.
- DE TERNAY (G.), « Du bon usage de la clause de gestion (des titres) dans les conventions extra statutaires, à la lumière notamment de l'article 24 de l'ordonnance du 24 juin 2004 », *JCP E*, n° 49, 7 déc. 2006, p. 2755.
- THOREL (J.), « Vivendi: le rapport qui exclut tout 'piratage' du vote des actionnaires en 2002 », *zdnnet.fr*, 28 mars 2003 ;

- « L'expertise que VU cache à ses actionnaires », *zdnnet.fr*, 7 mars 2003 ;
 - « Vivendi : le vote des actionnaires d'avril 2002 n'a pas été piraté », *zdnnet.fr*, 31 janv. 2003 ;
 - « Messier reste en poste mais n'obtient pas de nouvelle AG », *zdnnet.fr*, 30 mai 2002 ;
 - « Les boîtiers fous de Vivendi resteront muets pendant six semaines », *zdnnet.fr*, 03.05.2002 ;
 - « L'AG 'piratée' de Vivendi Universal suspendue à des boîtiers mystères », *zdnnet.fr*, 2 mai 2002 ;
 - « Vivendi porte plainte pour sabotage électronique de son assemblée générale », *zdnnet.fr*, 20 avr. 2002.
- TOUCH (M.), « Le vote électronique dans les assemblées générales d'actionnaires », *Bull. Joly Société*, 1^{er} août 2008, n° 8, p. 734.
- TORCK (S.), « Exercice des droits de vote des actionnaires de sociétés cotées », *RD bancaire et fin.*, juil.-août 2007, n° 171, p. 39.
- A. TUERK, « Plan your digital afterlife with Inactive Account Manager » *Google public policy blog*, 11.04.2013 [googlepublicpolicy.blogspot.de/2013/04/plan-your-digital-afterlife-with.html].
- VALUET (J.-P.), « Le décret du 11 décembre 2006 sur les sociétés commerciales », *Rev. sociétés*, 2007, p. 227.
- VERNET-GRUOT (S.), « Droit de vote pré-assemblée générale par des moyens électroniques », Colloque Les mutations du droit de vote dans les SA, 13.10.2011, *Journal des sociétés*, p. 45-49.
- VIDAL (D.), « Télétransmission de données et droit des sociétés : de l'assemblée Vivendi au décret n° 2002-803 du 3 mai 2002 », *Dr. sociétés*, n° 6, juin 2002, rep. 6.
- VIALLANEX (P.), « Les souhaits de la pratique : Le point de vue des investisseurs institutionnels », *PA*, 2 août 2007, n° 154, p. 53.
- DE WATRIGANT (C.), « L'information financière réglementée à l'heure de la communication électronique », *RD bancaire et financier*, juil.-août 2008, n° 16, p. 34 ; *Comm. Com. élect.*, 5/2008, ét. 11.

III - Textes officiels

A) UE et CE

- Proposition de directive modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, 9 avr. 2014, COM(2014) 213 final, 2014/0121 (COD).
- Dir. n° 2007/36/CE du Parlement et du Conseil du 11 juil. 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées ;
- Rapport du Parlement européen, Commission des affaires juridiques, Final, A6-0024/2007, PE 374.442v02-00, 2 fév. 2007 ;
 - K.-H. LEHNE (PPE-DE), Amendement de compromis 13, PE 382.348v01-00, 6 déc. 2006, p. 8/25 ;
 - J. P. AUDY, Amendement 71, PE 378.495v04-00, 19 sept. 2006, p. 19/79 ;
 - Projet de rapport du Parlement européen, rapporteur K.-H. LEHNE, Commission des affaires juridiques, Provisoire, 2005/0265(COD), PE 374.442v01-00, 14 juin 2006 ;
 - Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'exercice des droits de vote des actionnaires de sociétés qui ont leur siège statutaire dans un État membre et dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2004/109/CE, Bruxelles, 05.01.2006, COM(2005) 685 final, 2005/0265 (COD).
- Dir. n° 2006/46/CE du Parlement et du Conseil du 14 juin 2006.
- Dir. n° 2004/109/CE du 15 déc. 2004 (dite Transparence) sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs de valeurs mobilières.
- Dir. n° 2004/25/CE du 21 avr. 2004 concernant les offres publiques d'acquisition.
- Dir. n° 2000/12/CE du 20 mars 2000 concernant l'accès et l'activité des établissements de crédit et son exercice.
- Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 oct. 2001 relatif au statut de la société européenne (SE).

B) Droit français

- Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JORF n° 71, 23 mars 2012, p. 5226 ;
- AN, Commission des lois, Rapport n° 3787, É. BLANC, 5 oct. 2011.

- Loi n° 2011-525 du 17.05.2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF n° 115, 18 mai 2011, p. 8537.
- Loi n° 2008-649 du 1^{er} juil. 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, JORF n° 0155, 4 juil. 2008, p. 10705.
- Loi n° 2008-03 du 3 janv. 2008 (dite Chatel), pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n° 3, 4 janv. 2008, p. 258.
- Loi n° 2005-842 du 26 juil. 2005 (dite *Breton*) pour la confiance et la modernisation de l'économie, JORF n° 173, 27 juil. 2005, p. 12160 ;
- MARINI (P.), Rapport n° 438 (2004-2005) au nom de la Commission des finances, Sénat, déposé le 29 juin 2005.
- Loi n° 2004-575 du 24 juin 2004, (dite LCEN) pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n° 143, 22 juin 2004, p. 11168.
- Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, JORF n° 177, 02 août 2003, p. 13220.
- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n° 113, 16 mai 2001, p. 7776 ;
- Projet de loi, Amendement n° 577, débats Sénat, 1^e lecture, séance du 12 oct. 2000 ;
 - MARINI (M.), amendement n° 301 au nom de la Commission des finances, Sénat, Rapport n° 5 (2000-2001), déposé le 5 oct. 2000,
 - HYEST J.-J., amendement n° 108 au nom de la Commission des lois, Sénat, Avis n° 10 (2000-2001), déposé le 05 oct. 2000.
 - Projet de loi, débats AN, 1^e séance, 27 avr. 2000, JORF du 28 avr. 2000, p. 3400 ;
 - BESSON (É.), amendement n° 246, art. 63, 27 avr. 2000, AN, 1^e lect. ; Rapport n° 2327 au nom de la Commission des finances, déposé le 6 avr. 2000, AN, 1^e lect.
 - VALLINI (A.), Avis n° 2309 au nom de la Commission des lois, déposé le 30 mars 2000, AN, 1^e lect.
- Loi n° 2000-230 du 13.4.2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF n° 62, 14 mars 2000, p. 3968.
- Loi n° 96-597 du 2 juil. 1996 de modernisation des activités financières, JORF n° 154, 4 juil. 1996, p. 10063.
- Loi n° 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne, JORF 18 juin 1987, p. 6519.
- Loi n° 84-148 du 1^{er} mars relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, JORF du 2 mars 1984, p. 751.
- Loi n° 83-1 du 3 janv. 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne, JORF 4 janv. 1983, p. 162.
- Loi n° 81-1160 du 30.12.1981 de finances pour 1982 (dématérialisation des valeurs mobilières, inscription en compte), JORF 31 déc. 1981, p. 3539.
- Loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF 7 janv. 1978, p. 227.
- Loi n° 66-537 du 24 juil. 1966 sur les sociétés commerciales, JORF, 26 juil. 1966, p. 6402 ; ab. par ord. 2000-912 ;
- AN, 1^e séance, 1^{er} janv. 1965, JORF du 2 mars 1965, FOYER (J.), p. 1661 ; LE DOUAREC (F.), p. 1663 ; CUCOLONE (G.), p. 1669.
- Ord. n° 2010-1511 du 9 déc. 2010 portant transposition de la directive 2007/36/CE du 11 juil. 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées, JORF n° 286, 10 déc. 2010, p. 21612.
- Ord. n° 2009-80 du 22 janv. 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière, JORF n° 19, 23 janv. 2009, p. 1431, note DAIGRE (J.-J), FRANÇOIS (B.), « Commentaire de l'ordonnance du 22 janv. 2009 relative à l'appel public à l'épargne », *Rev. sociétés*, 05 mai 2009, p. 3.
- Ord. n° 2009-15 du 8 janv. 2009 relative aux instruments financiers, JORF n° 7, 9 janv. 2009, p. 570.
- Ord. n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, JORF n° 147, 26 juin 2004, p. 0.
- Ord. n° 2000-912 du 18.09.2000 relative à la partie Législative du code de commerce, JORF n° 219, 21 sept. 2000, p. 14783.

- D. n° 2014-1466 du 8 déc. 2014 modifiant la date et les modalités d'établissement de la liste des personnes habilitées à participer aux assemblées d'actionnaires et d'obligataires des sociétés commerciales, JORF n° 285, 10 déc. 2014, p. 20627.
- D. n° 2011-1473 du 9 nov. 2011 relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés, JORF n° 261, 10 nov. 2011, p. 1889.
- D. n° 2011-144 du 2 fév. 2011 relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat, JORF n° 29, 4 fév. 2011, p. 2274.
- D. n° 2010-1619 du 23 décembre 2010 relatif aux droits des actionnaires de sociétés cotées, JORF n° 299, 26 déc. 2010, p. 22701.
- D. n° 2010-684 du 23 juin 2010 relatif aux droits des actionnaires de sociétés cotées, JORF n° 145, 25 juin 2010, p. 11450.
- D. n° 2009-557 du 19 mai 2009 relatif à l'offre au public, aux déclarations de franchissement de seuils et aux déclarations d'intentions, JORF n° 0117, 21 mai 2009, p. 8498.
- D. n° 2008-258 du 13 mars 2008 relatif à la publication de l'information financière réglementée, JORF n° 64, 15 mars 2008, p. 4728 ;
- D. n° 2007-602 du 25.04.2007 relatif aux conditions et aux modalités de vote par voie électronique pour l'élection des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise et modifiant le code du travail, JORF n°99, 27 avril 2007, p. 7492.
- D. n° 2007-431 du 25 mars 2007 relatif à la partie réglementaire du Code de commerce, JORF n° 73, 27 mars 2007, p. 5648.
- D. n° 2006-1566 du 11 déc. 2006 modifiant le décret n° 67-236 du 23 mars 1967, JORF n° 287, 12 déc. 2006, p. 18762.
- D. n° 2005-582 du 27 mai 2005 relatif au Bulletin des annonces légales obligatoires, JORF n° 124, 29 mai 2005, p. 9474.
- D. n° 2002-803 du 3 mai 2002 portant application de la loi NRE du 15 mai 2001, JORF n° 105, 5 mai 2002, p. 8718.
- D. n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique, JORF n° 77, 31 mars 2001, p. 5070.
- D. n° 93-726 du 29 mars 1993 portant réforme du code pénal, JORF n° 75, 29 mars 1993, p. 5559.
- D. n° 88-55 du 19 janv. 1988 modifiant le décret n° 67-236 du 23 mars 1967 modifié sur les sociétés commerciales et relatif au vote par correspondance dans les assemblées d'actionnaires, JORF du 20 janv. 1988, p. 928.
- D. n° 86-584 du 14 mars 1986 modifiant le décret n° 67-236 du 23 mars 1967 modifié sur les sociétés commerciales et relatif au vote par correspondance dans les assemblées d'actionnaires, JORF du 19 mars 1986, p. 4575.
- D. n° 71-524 du 1^{er} juil. 1971 relatif à certaines sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne, JORF 4 juil. 1971, p. 6517.
- D. n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales, JORF 24 mars 1967, p. 2843.
- D. du 30 oct. 1935 modifiant l'article 35 de la loi du 24 juil. 1867 sur les bilans et comptes, JO 31 oct. 1935.
- D. du 27 fév. 1907 portant création du « Bulletin annexe au Journal officiel », JORF 1^{er} mars 1907.
- Arr. du 17.12.2013 fixant le montant des rémunérations dues en contrepartie des prestations fournies par la direction de l'information légale et administrative, JORF n° 294, 19 déc. 2013, p. 20604 ;
- Arr. des 4 janv. 2007 (JORF 20 janv. 2007), des 7 et 8 janv. 2008, permettant l'introduction en droit français des dispositions de la dir. 2004/109/CE.
- Arr. du 27 mai 2005 fixant les modalités de transmission des insertions au Bulletin des annonces légales obligatoires, JORF n° 124, 29 mai 2005, p. 9475,
- Arr. du 18 avril 1988 relatif au montant maximum de la rémunération concernant les titres au porteur identifiable, JORF 20 avr. 1988, p. 5218.
- Rép. min., Premier ministre, JO Sénat, 28.08.1997, p. 2198 ; S. MATHIEU, Question écrite n° 441, JO Sénat, 03.07.1997, p. 1760.
- Rép. min., JO Sénat, 28 août 1986, p. 1232 ; L. NEUWIRTH, question écrite n° 1986, JO Sénat, 10 juil. 1986, p. 951.

Rép. min. n° 22652, séance du 05 mai 1972, *JOAN Q*, 06.05.1972, p. 819 ; M. de PREAUMONT, Question du 26 fév. 1972.

Règlement général de l'AMF, 2015.

IV - Avis, décisions, communications, commentaires et rapports

A) Juridictions

CEDH, *Fressoz c/ France*, Requête n° 29183/95, 21.01.1999.

Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 11-25884.

Cass., 1^{ère} civ., 30 sept. 2010, n° 09-68555.

Cass. com., 10 nov. 2009, n° 05-15.809, F-D, Combret c/ Compagnie méditerranéenne cinématographique (COMECI), note M.-L. COQUELET, « Qui de l'associé ou de la société a charge de prouver l'absence de convocation à une assemblée générale ? », *Dr. sociétés*, 03.2010, n° 3, comm. 40.

Cass., 1^{ère} civ., n° 06-18.448, 15.05.2007, notes C. DELAPORTE-CARRE, « Vie privée et droit à l'information : divulgation nominative des salaires », *D.* 2007, p. 1603 ; J. HAUSER, « Les revenus et la vie privée », *RTD Civ.*, 2007, p. 546.

Cass., 2^e civ., 13 mai 2004, n° 02-10534, *Renaud F. c/ Eric Bouin*, note MATSOPOULOU H., « Document diffusé lors d'une assemblée générale par un actionnaire : droit de libre critique et absence de diffamation », *Rev. sociétés*, 2005, p. 401.

Cass. com., « Château d'Yquem », n° 96-17661, 9 fév. 1999.

Cass., 1^{ère} civ., 28 mai 1991, n° 89-19.818, Bull. 1991 I n° 173, p. 114.

Cass. crim., 4 déc. 1973, n° 73-90.513.

CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, arrêt n° 339147 du 29 juin 2011.

CA Paris, *Laurent c/SCI la civile foncière 64 et autres*, 25 janv. 1975, note D. Schmidt, *Rev. sociétés*, 1975, p. 303.

T. com. Paris, *SA General et autres c/ Sa Vivendi Universal*, 02.05.2002, RG.2002030137.

B) Autorités spécialisées

ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd [cnrtl.fr].

AFNOR, « Mode opératoire de procès-verbal de constat sur internet effectué par Huissier de justice », Norme NF Z67-147, sept. 2010.

AMF, *Mise en œuvre des propositions du rapport de l'AMF de 2012 sur les assemblées générales d'actionnaires des sociétés cotées*, 11 fév. 2015 ;

- *Les assemblées générales d'actionnaires des sociétés cotées*, Rapport POUPART LAFARGE (O.) (dir.), 7 fév. 2012 ;

- *La participation des actionnaires aux assemblées générales*, 21 avr. 2006 (24 avr. 2007) ;

- *Recommandation AMF relative à la participation des actionnaires aux assemblées générales*, 21 avr. 2006 ;

- *Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France*, Rapport MANSION (Y.) (dir.), 6 sept. 2005.

- « Les Entretiens de l'AMF 2004 - Synthèse des débats - Table ronde n° 2 - Comment favoriser la démocratie actionnariale », 29 nov. 2004.

ARCEP, « Décision portant sur la définition des marchés pertinents de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles en métropole et en outre-mer, la désignation d'opérateur disposant d'influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre », n° 10-0892, 22 juil. 2010.

- BANQUE DE FRANCE, « La détention par les non- résidents des actions des sociétés françaises du CAC 40 à fin 2012 », LE ROUX (J.), *Bull. de la Banque de France*, n° 193, 3^e trimestre 2013.
- CGTN, *Vocabulaire de l'informatique et de l'internet*, JORF 16 mars 1999, p. 3905 ; JORF 23 janv. 2012, p. 1515 ; JORF 1^{er} janv. 2013, p. 288 ;
- , *Vocabulaire de l'audiovisuel et de la communication*, 2006, 2010 ;
 - , *Vocabulaire des techniques de l'information et de la communication*, 2009, JORF, 22 sept. 2000 ;
 - , *Vocabulaire des télécommunications*, 24 juin 1982, p. 55982 ; JORF n° 300, 27 déc. 2009, p. 22537 ;
 - , *Vocabulaire de l'internet*, JORF n° 286, 08 déc. 2002, p. 20331 ;
- CNIL, « FICOBA », 26 avr. 2013 [cnil.fr/documentation/fichiers-en-fiche/fichier/article/ficoba-fichier-national-des-comptes-bancaires-et-assimiles] ;
- , Délibération n° 2010-371 du 21 oct. 2010 portant adoption d'une recommandation relative à la sécurité des systèmes de vote électronique, JORF n° 272, 24 nov. 2010, texte n° 29 ;
 - , Délibération n° 2006-138 du 9 mai 2006 décidant de la dispense de déclaration des traitements constitués à des fins d'information ou de communication externe », JORF n° 128, 3 juin 2006, texte n° 80.
- COB, « Enquête SOFRES : Internet et les épargnants français » in, *Les marchés financiers à l'heure d'Internet - Les Entretien de la COB*, 25 nov. 1998 [amf-france.org].
- COMMISSION EUROPEENNE, Commission staff working document, « Comparative table on shareholders' rights in EU - member states », SEC(2006) 181, 16 fév. 2006 ;
- , DG Internal Market, « Fostering an appropriate regime for shareholders' rights - Synthesis of the comments », avr. 2005 ;
 - , « Élaboration d'un régime approprié encadrant les droits des actionnaires - Document de consultation », 16 sept. 2004.
- COUR DES COMPTES, « Les avoirs bancaires non réclamés puis en déshérence », Communication à la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale, juin 2013 ; AN, Audition de Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, MIGAUD (D.), séance du 17 juil. 2013 [assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i1292.asp].
- FORUM EUROPEEN, *Déclaration sur le principe « comply-or-explain »*, 22 fév. 2006.
- FRANCE DIPLOMATIE, « Transparence financière », 1^{er} mars 2013 [diplomatie.gouv.fr].
- MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES, « La déclaration en ligne des revenus confirme son succès », 7 sept. 2012 [economie.gouv.fr].
- OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise*, 1999 (2004) [oecd.org].
- OER, « Rapport annuel de l'observatoire de l'épargne réglementée pour 2012 », NOYER (C.) (dir.), sept. 2013 ;
- « Rapport annuel pour 2011 », NOYER (C.) (dir.), juin 2012.

C) Organisations, associations et sociétés de droit privé

- AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 13 juin 2014.
- AFEP-ANSA, « Vade-Mecum à l'intention du bureau des assemblées générales », mars 2011.
- AFTI, « Votaccess : Trois ans de mise en œuvre », Amphi AFTI (FBF, ANSA) du 18 juin 2014 ;
- « Votaccess 2013 - La montée en puissance », Amphi AFTI du 25 juin 2013, *Spécial Amphi*, n° 9, août 2013.
- AFTI-FBF, « Deuxième consultation de la Commission européenne », 13.07.2005.
- ANSA, « Bilan de la mise en œuvre du rapport de l'AMF sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées », n° 15-007, fév. 2015 ;
- , « Vote des actionnaires par Internet dans une société non cotée - Site dédié au vote et règles applicables aux informations électroniques pré-AG », avr. 2014, n° 14-012 ;
 - , « Peut-on communiquer, voire transmettre, les feuilles de présence ou la liste des actionnaires par la voie informatique aux actionnaires qui en feraient la demande ? », n° 12-052, sept. 2012 (v. n° 08-021) ;
 - , « Simplification du droit des sociétés », n° 11-017, avr. 2011 ;
 - , « Vote par procuration information sur les risques de conflit d'intérêts », n° 11-015, 2011 ;

- , « Tenue de comptes de titres et documents normalisés concernant les mouvements de titres », n° 10-002, 3 mars 2010 ;
- , « Peut-on communiquer, voire transmettre les feuilles de présence ou la liste des actionnaires par la voie informatique aux actionnaires qui en feraient la demande ? », n° 09-034, juil. 2009 (v. n° 12-052, n° 08-021) ;
- , « Un actionnaire peut-il obtenir communication de la feuille de présence de l'assemblée se tenant au cours de l'exercice et pour quelle utilisation ? », n° 08-021, 02 avr. 2008 (v. n° 09-034, n° 12-052) ;
- « Simplification du droit des sociétés », n° 11-017, avr. 2011 ;
- , « Documents à publier sur le site de la société avant une assemblée », n° 11_006, 5 janv. 2011 ;
- , « La modification de l'ordre du jour d'une assemblée de société cotée après l'entrée en vigueur du décret du 23 juin 2010 », n° 11-005, janv. 2011 ;
- , « Transmission par courriel du nom du mandataire à une assemblée : conditions », n° 10-063, 3 oct. 2010.
- , « Décret du 23 juin 2010 », n° 10-031, 1^{er} juil. 2010 ;
- , « Droits des actionnaires : transposition de la directive européenne - Projets d'ordonnance et de décret », n° 10-022, 27 mai 2010 ;
- , « Tenue de comptes de titres et documents normalisés concernant les mouvements de titres », n° 10-002, 3 mars 2010 ;
- , « Accès et vote aux assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés non cotées », n° 07-024, 9 mai 2007 ;
- , « Cession de titres non cotés : date du transfert de propriété », n° 07-023, 9 mai 2007 ;
- , « Projet de directive », n° 07-008, mars 2007 ;
- , « Signature électronique - Proposition de clause statutaire – type », n° 07-004, 2007-I ;
- , « Vote électronique aux assemblées générales d'actionnaires - Le régime de la signature électronique après la publication du décret du 11 décembre 2006 », n° 07-003, 2007-I ;
- , « Présentation du décret du 11 novembre 2006 », n° 07-002, mars 2007 ;
- , « Droit d'opposition des administrateurs à la tenue du conseil par des moyens de télécommunication ou de visioconférence », n° 06-022, 5 avr. 2006.
- , « Recommandation de l'AMF relative à la participation des actionnaires aux assemblées générales », n° 06-021, mai 2006 ;
- , « Proposition de directive du Parlement et du Conseil sur l'exercice du droit de vote des actionnaires », n° 06-018, mai 2006 ;
- , « Réunions du conseil d'administration ou de surveillance : moyens de visioconférence ou de télécommunication », n° 06-008, 01.02.2006 ;
- , « Deuxième consultation de la Commission européenne sur les droits des actionnaires et l'exercice du vote aux assemblées générales - Observations présentées par l'ANSA », n° 05-038, 8 juil. 2005 ;
- , « Deuxième consultation de la Commission européenne - Observations », 8 mai 2005 ;
- , P. BISSARA, « Présentation sommaire de la réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales », n° 04-058, 2004 -III ;
- , « La signature électronique et le droit des sociétés - Le cas du vote électronique pour les assemblées générales d'actionnaires », n° 04_035, 4 fév. 2004, 5 mai 2004 ;
- , « La prévention et la gestion des incidents en cours d'assemblée », n° 3208, juil. 2003 ;
- , *L'amélioration des conditions de vote des actionnaires non-résidents des sociétés cotées françaises*, 2^e éd., janv. 2003 ;
- , « Formulaire AFNOR (papier) de vote par correspondance ou par procuration », n° 3105, mai 2002 ;
- , « Vote électronique aux assemblées d'actionnaires - possibilité de ne donner accès à des moyens de vote électronique qu'à certains actionnaires », n° 3100, CJ n° 632, 7 nov. 2001 ;
- , « Communication spéciale - Assemblées réunies en 2001 - projet de modification des statuts », n° 3058, fév. 2001 ;
- , « Projet de loi relatif aux 'nouvelles régulations économiques' », n° 3 031, juin-juil. 2000 ;
- , « Rapport utilisation des moyens de télétransmission » n° 3019, 1999 ;
- , « Possibilité pour une société émettrice de rembourser aux actionnaires leurs frais de déplacement », C.J. n° 426, n° 2932, nov.-déc. 1997 ;

- , « Liste des actionnaires : possibilité pour un actionnaire de consulter cette liste sur écran informatique », C. J. n° 344 du 07 juin 1995, n° 2792, sept.-oct. 1995 ;
 - , « Tenue des assemblées dans des pièces distinctes », n° 2 744, CJ n° 214, 2 nov. 1993 ;
 - , « L'ordre de mouvement », n° 2542, mars-avr. 1991 ;
 - , « Vote par correspondance : indications pratiques pour le dépouillement », n° 2497, mars-avr. 1990.
- ANSA- CFONB, « Vote internet aux assemblées générales d'actionnaires - Accord de place sur un *Vade mecum* », n° 3104, mai 2002 (30 sept. 2007).
- ACXIOM, « Multibancarisation », acxiom.fr, 13 mars 2013.
- CES, *Gouvernance d'entreprise au niveau européen*, 2006 [etuc.org].
- CLUB DES JURISTES, Commission Europe, « Recommandations et bonnes pratiques à l'attention des émetteurs et des investisseurs institutionnels », avr. 2010.
- EUROCLEAR, « Descriptif détaillé des services ESES -TPI », juil. 2007.
- FBF, « Observatoire 2013 de l'opinion sur l'image des banques », mai 2013.
- INVESTMENT TRENDS, « 475 000 actionnaires individuels actifs sur Internet en France », *boursorama.com*, Éd. F. Lefebvre, 4 janv. 2013.
- MEDIAMETRIE « L'année internet 2013 - L'internaute ultra connecté / exposé / engagé », *mediametrie.fr*, 20 fév. 2014.
- PROXINVEST, « Les Assemblées Générales 2013 des Sociétés Cotées Françaises & Politique de Vote 2014 », *proxinvest.com*, Rapport n° 17 ;
- , « Catalogue pour l'amélioration des assemblées générales d'actionnaires », nov. 2010 (oct. 2011).
- VIVENDI UNIVERSAL SA, « French court officially finds malfunction in voting », Communiqué de presse, 2 mai 2002 [<http://finance.vivendiuniversal.com/finance/news/00000933.cfm>] retiré mais accessible depuis [web.archive.org] ;
- « Details on probable vote tampering at the Vivendi Universal shareholders meeting on April 24 », Communiqué de presse, 28 avr. 2002 [finance.vivendiuniversal.com/finance/news/00000925.cfm] retiré mais accessible depuis [web.archive.org] ;
 - « Fraudulent interference in the voting system at the Vivendi Universal shareholders' meeting on April 24, 2002 », Communiqué de presse, 26 avr. 2002 [finance.vivendiuniversal.com/finance/news/00000925.cfm] retiré mais accessible depuis [web.archive.org].

BIBLIOGRAPHIE

ALLEMANDE ET ETRANGERE

I - Ouvrages et thèses

- Aderhold L. / Grunewald B. / Klingberg D. / Paefgen W. G. (Hrsg.), (Noack U.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Dr. Otto Schmidt, 2008, 1696 S.*
 - *Noack U., Die Aktionärsrechte-Richtlinie, 1203-1220.*
- Bayer W. / Habersack M. (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Mohr Siebeck, Band 2, 2007;*
 - *Fleischer H., Kompetenzen der Hauptversammlung - eine rechtsgeschichtliche, rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, S. 430-461.*
- Beck M. A., Die Online-Hauptversammlung nach dem ARUG, Europäische Hochschulschriften, Band 5416, 2013, 218 S.*
- Drygala T. / Staake M. / Szalai S., Kapitalgesellschaftsrecht, Springer Verlag, 2012, 772 S.*
- Flore D., Mehr Aktionärsdemokratie wagen?, Peter Lang, 2011, 368 S.*
- Giedinghagen J. C., Die virtuelle Hauptversammlung im US-amerikanischen und deutschen Aktienrecht, Kovac, 2005, 327 S.*
- Goedsche M., Das Recht der Namensaktie, Peter Lang, 2002, 250 S.*
- Heckelmann M., Hauptversammlung und Internet, Nomos, 2006, 234 S.*
- Hoeren T. / Sieber U. / Holznagel B. (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, C.H. Beck, 40. Aufl., 2015.*
- Kley M. D. / Rudolph B. / Schneider U. H. / Leven F.-J. (Hrsg.), Aktie und Kapitalmarkt: Anlegerschutz, Unternehmensfinanzierung und Finanzplatz - Festschrift für Professor Dr. Rüdiger von Rosen zum 65. Geburtstag, Schäffer-Poeschel, 2008, 659 S. ;*
 - *Noack U., Die moderne Präsenzhauptversammlung mit Internetanbindung, S. 273-292.*
- Ochmann F., Die Aktionärsrechte-Richtlinie - Auswirkungen auf das deutsche und europäische Recht, De Gruyter, 2010, 244 S.*
- Örücü E. / Nelken D., Comparative Law - A Handbook, Hart, 2007;*
 - *Ogus A., « The Economic Approach : Competition Between Legal Systems », pp. 155-168;*
 - *Twining W., « Globalisation and Comparative Law », pp. 69-90.*
- Patak S., Die virtuelle Generalversammlung im schweizerischen Aktienrecht, Schulthess, 2005, 211 S.*
- Petersen J., Medienrecht, C.H. Beck, 5. Aufl., 2010, 351 S.*
- Pielke W., Die virtuelle Hauptversammlung, Nomos, 2009, 225 S.*
- Reimann M. / Zimmermann R., The Oxford Handbook Of Comparative Law, Oxford University Press, 2006;*
 - *Dannemann G., « Comparative law : study of similarities or differences ? », pp. 383-420;*
 - *Fauvarque-Cosson B., « Development of comparative law in France », pp. 35-68;*
 - *Hopt K. J., « Comparative Company Law », pp. 1161-1192;*
 - *Schwenzer I., « Development of comparative law in Germany, Switzerland and Austria », pp. 69-106.*
- Sacco R., Einführung in die Rechtsvergleichung, Nomos, 2001, 264 S.*
- Schmitz U., Der Einfluss neuer Technologien auf die Aktionärsmitverwaltung – Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, O. Schmidt, 2003, 277 S.*
- Seeger A. M., Die Online-Hauptversammlung, Deutscher Universitäts-Verlag, 2002, 216 S.*
- Thoma D., Das Aktionärsforum nach § 127a AktG - Moderne und Erfolg versprechende Regelung im Kontext abweichender Einsatzmöglichkeiten des Internets?, Logos, 2010, 320 S.*
- Winkler N., Das Stimmrecht der Aktionäre in der europäischen Union, de Gruyter, 2006, 265 S.*

- Wohlend C.*, Die Hauptversammlung im Wandel der Kommunikationsformen, Peter Lang, 2001, 207 S.
Zetzsche D. (Hrsg.), Die Virtuelle Hauptversammlung, ESV, 2002, 340 S.
 - *Bunke C.*, Das Stimmrechtsvertretermodell als Grundlage der virtuellen Hauptversammlung, 21-34.
Zweigert K. / Kötz H., Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen : Mohr, 3. Aufl., 1996, 729 S.

II - Commentaires de loi

- Boujong K. / Ebenroth C. T. / D Joost D. / Strohn L., (Scherer P.)*, Handelsgesetzbuch, C.H. Beck - Vahlen, Band 2, 2. Aufl., 2009.
Böttcher L., DepotG, Nomos Kommentar, 1. Aufl., 2012.
Bürgers T. / Körber T. (Hrsg.) (Reger G.), Aktiengesetz, C.F. Müller, 2. Aufl., 2011.
Geßler J. H. / Hefermehl W. / Eckart U. / Kropff B., Aktiengesetz, F. Vahlen, München, 1973.
Goette W. / Habersack M. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, C.H. Beck.:
 - *(Bayer W.)*, Band 1, 3. Aufl., 2008;
 - *(Goette W. / Hennrichs J. / Kalss S. / Kubis D. / Pöschke M. / Schröer H.)*, Band 3, 3. Aufl., 2013;
 - *(Hüffer U.)*, Band 4, 3. Aufl., 2011.
Grigoleit H. C. (Hrsg.) (Herrler S.), Aktiengesetz, C.H. Beck, 1. Aufl., 2013.
Heidel T., Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, Nomos, 4. Aufl., 2014.
Henssler M. / Strohn L. (Hrsg.) (Liebscher T.), Gesellschaftsrecht, C.H. Beck, 2. Aufl., 2014.
Hölters W. (Hrsg.) (Drinhausen F. / Hirschmann J.), Aktiengesetz, C.H. Beck - Vahlen, 2. Aufl., 2014.
Hüffer U., Aktiengesetz, C.H. Beck, 11. Aufl., 2014.
Säcker F. J. (Einsele D.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 6. Aufl., 2012.
Saenger I. / Kessler A., Namensaktiengesetz, Nomos, 1. Aufl., 2001.
Schmidt K. / Lutter M. (Hrsg.) (Drygala T. / Ziemons H.), Aktiengesetz, Dr. Otto Schmidt, Band 1, 2. Aufl., 2010.
Spindler G. / Stilz E. (Hrsg.) (Cahn A. / Hofmann J. / Wicke H. / Siems M.), Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, C.H. Beck, Band 1, 2. Aufl., 2010.

III - Articles, notes pratiques et de doctrine, presse

- Arnold M. / Carl P. S. / Götze C.*, Aktuelle Fragen bei der Durchführung der Hauptversammlung, AG 2011, 349-362.
Balling A., Vernachlässigt - Der Bevollmächtigte im Internet, HV-Magazin 2013, 28.
Bayer W. / Hoffmann T., Das Aktionärsforum im Dornröschenschlaf, AG, 2013, R61-63.
Besse D., Online-Hauptversammlung und Versammlungsleitung, HV-Magazin 2012, 14.
Biedermann A., Wünsche wohl geruht zu haben - Der fast zweijährige Schlaf deutscher Banken, HV Magazin, Praxis/2010, 42
Braunberger G., Dax-Konzerne mehrheitlich in ausländischem Besitz, faz.net, 10.05.2013.
Conreder C., Internet in der Hauptversammlung, CR 2010, R39.
Diehl F. / Balling A., Eine Alternative mit Potenzial HV-Versand per E-Postbrief, HV Magazin 2013, 16.
Drinhausen F. / Keinath A., Auswirkungen des ARUG auf die künftige Hauptversammlungs-Praxis, BB 2009, 2322-2327.
Flostedt T., Fristen und Termine im Recht der Hauptversammlung, ILF Frankfurt, WP n° 114.
Forstmoser P. / Wohlmann H. / Hofstetter K., Stärkung der Aktionärsdemokratie durch das Internet, Neue Zürcher Zeitung (Suisse), 03.04.2012.
Franz D. / Ahlers M., Sie haben Post - Elektronische Hauptversammlungseinladung setzt sich nur langsam durch, HV Magazin 2013, 10.

- Gebauer D.*, HV & Internet Elektronische Medien auf dem Vormarsch, HV Magazin 2010, 10.
- Grobecker W.*, Beachtenswertes zur Hauptversammlungssaison, NZG 2010, 165-170.
- Hecker A. / Peters M.*, BB-Report zu den Änderungen des DCGK im Jahr 2012, BB 43/2012, 2639-2646;
-, Die Änderungen des DCGK im Jahr 2010, BB 38/2010, 2251-2257.
- Horn C.*, Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung nach dem RefE zum ARUG, ZIP 2008, 1558-1567.
- Höreth M.*, Entwarnung bei der Tonübertragung der Hauptversammlung?, AG 2014, R7;
-, Onlineteilnahme und Briefwahl im DAX und MDAX, AG 2011, R300;
-, Muster Anpassung der Satzung an das ARUG, Corporate, Computershare HV-Services AG, 2009;
- Hüther M.*, Namensaktien, Internet und die Zukunft der Stimmrechtsvertretung, AG 2001, 68-78.
- Kehren T.*, Ton- und Bildübertragung aus Hauptversammlung zulässig, Mitteilung für die Presse (Nr. Z03/04), lg-frankfurt.justiz.hessen.de, 29.10.2004.
- Keiloweit A.*, Die aktuellen Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex im Lichte aktienrechtlicher Vorgaben, DStR 2010, 2251-2255.
- Kersting C.*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs bei elektronischer Teilnahme an der Hauptversammlung (§§ 118, 131 AktG), NZG 04/2010, 130-135.
- Kersting C, Feicht M.*, Online Fragen stellen während der HV - Zukunftsmusik oder interessante Option für kommende Versammlungen, HV-Magazin, 2011, 22.
- Kimpler F.*, Stimmrechtsausübung bei der HV – Briefwahl wegen neuem DCGK?, AG 2010, R434.
- Klewno A.*, Wir erhoffen uns von der Online-HV eine Erweiterung des Teilnehmerkreises (SAP AG), HV-Magazin, 2012, 42.
- Kocher D. / Lönner A.*, Anfechtungsrisiken durch die Briefwahlempfehlung des DCGK?, BB 15/2011, 907-910.
- Kuhn N.*, Innovative Online-Instrumente in der Hauptversammlungspraxis Ergebnisse einer Umfrage unter börsennotierten Gesellschaften, HV Magazin 2011, 20.
- Kumpan C.*, Transparenz als Mittel der Kapitalmarktregulierung, WM 17/2006, 797-806.
- Kubsova J. / Daum R.*, Aktionärsschützer tritt wegen Börsenbrief-Prozess zurück, Financial Times Deutschland, ftd.de, 19.01.2012.
- Leuering D.*, Die Erteilung von Abschriften an Aktionäre, ZIP 46/2000, 2053-2059.
- Linden K. v der*, Wer entscheidet über die Form der Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung?, NZG 2012, 930-934.
- Linnerz M.*, Diversity und Briefwahl im neuen DCGK, AG 2010, R345.
- Manager Magazin online*, „Aktionärsforum“ geht an den Start, manager-magazin.de, 23.12.2009.
- Meilicke H. / Heidel T.*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung », DStR 1992, 72-75
- Mimberg J.*, Schranken der Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung im Internet - die Rechtslage nach dem Inkrafttreten von NaStraG, Formvorschriften-AnpassungsG und TransPuG, ZGR 2003, 21-58.
- Mörlein W.*, Briefwahl und Deutscher Corporate Governance Kodex, AG 2012, R62.
- Mutter S.*, Gegenanträge – was sind 5000 Zeichen?, ZIP 39/2002, 1759.
- Mutter S. / Pernfuß A.*, ARUG: Briefwahl „vor und während“ der Hauptversammlung, AG 2009, R6.
- Noack U.*, Facebook als Medium aktien- und kapitalmarktrechtlicher Mitteilungen, blog.handelsblatt.com/rechtsboard, 22.04.2013;
-, Das Aktionärsforum im Bundesanzeiger : ein Flop, blog.handelsblatt.com/rechtsboard, 18.03.2013;
-, Künftig kein „europäisches Medienbündel“ bei Namensaktien-Gesellschaften, blog.handelsblatt.com/rechtsboard, 14.11.2011;
-, « 6.800 Aktiengesellschaften müssen auf Namensaktien umstellen ... », blog.handelsblatt.com/rechtsboard, 17.01.2011.
-, Briefwahl und Online-Teilnahme an der Hauptversammlung: der neue § 118 AktG, WM 2009, Heft 49, 2289-2294;
-, ARUG: das nächste Stück der Aktienrechtsreform in Permanenz, NZG 2008, 441-447.
-, Das offizielle Aktionärsforum – nichts los, notizen.duslaw.de, 23.04.2007;
-, Neue Entwicklungen im Aktienrecht und moderne Informationstechnologie 2003...2005, NZG 2004, 297-303;

- , Das neue Recht der Gegenanträge nach § 126 AktG, BB 2003, 1393-1397;
- , Online-Hauptversammlung - Stand der Dinge und wichtige Reformvorschläge, NZG 2001, 1057;
- , Namensaktie und Aktienregister : Einsatz für Investor Relations und Produktmarketing, DB 2001/1, 27-31;
- , Neues Recht für die Namensaktie – Zum RefE eines NaStraG, ZIP 1999, n° 48, 1993-2000;
- , Die Namensaktie – Dornröschen erwacht, DB 25.06.1999 , n° 25, 1306-1310;
- Nussbaum K. v.*, Aktionärskommunikation vor und während der Hauptversammlung, HV-Magazin 2013, 22;
- , Neue Wege zur Online-Hauptversammlung durch das ARUG, GWR 2009, 215-218.
- Paschos N.*, Briefwahl als Anfechtungsrisiko?, HV-Magazin, 2011, 42 (auch in: Standpunkt, Briefwahl als Anfechtungsrisiko?, GoingPublic, 4/2011, 66).
- Pellens B. / Schmidt A.*, Verhalten und Präferenzen deutscher Aktionäre, DAI, 02.2014.
- Ratschow E.*, Die Aktionärsrechte-Richtlinie – neue Regeln für börsennotierte Gesellschaften », DStR 2007, 1402-1408.
- Rheingold H.*, Virtual communities - exchanging ideas through computer bulletin boards, *Whole Earth Review*, Winter 1987, *Journal of Virtual Worlds Research*, Vol. 1, issue 1, jul. 2008 [journals.tdl.org/jvwr/index.php/jvwr/article/view/293/247].
- Ringleb H.-M. / Kremer T. / Lutter M. / Werder A. v.*, Die Kodex-Änderungen vom Mai 2012, NZG 2012, 1081-1089.
- Roßnagel A. / Gitter R. / Opitz-Talidou Z.*, Telemedienwahlen in Vereinen, MMR 2009, 383-387.
- Salazar W.*, Twitter, Bloomberg und die SEC - Paradigmenwechsel für die Kapitalmarktkommunikation, GoingPublic 5/2013, 58.
- Sasse M.*, § 126 AktG - Rechtsunsicherheiten bei der Behandlung von Gegenanträgen, NZG 2004, 153-157.
- Schnell C.*, Rauchen auf der Hauptversammlung - Qualmende Aktionäre, *handelsblatt.com*, 03.05.2008.
- Swiercz R.*, Persönlich vor Ort, vertreten oder online - Teilnahmeoptionen im Überblick, HV-Magazin, 34.
- Seibert U.*, Aktionärsforum und Aktionärsforumsverordnung nach § 127a AktG, AG 2006, 16-23;
- , Das ‘TransPuG’, NZG 2002, 608-617;
- , Der Ausschluß des Verbriefungsanspruchs des Aktionärs in Gesetzgebung und Praxis, DB 1999/5, 267-269.
- Spindler G.*, Die Reform der Hauptversammlung un der Anfechtungsklage durch das UMAG, NZG 2005, 825-831.
- , Internet und Corporate Governance - ein neuer virtueller (T)Raum?, ZGR 2000, 420-445.
- Strüwing S.*, Wohin geht die Reise : Kaffeefahrt oder businesstrip ?, HV Magazin 2010, 10-14.
- Wagner T.*, Präsenzerfassung und Abstimmung in Zeiten von Briefwahl und Online-Teilnahme Komplexität nimmt zu, HV-Magazin, 2011, 48.
- Weisner A. / Heins J.-C.*, Das Schriftformerfordernis in § 122 AktG, AG 2012, 706-710.
- Wettich C.*, Aktuelle Entwicklungen und Trends in der Hauptversammlungssaison 2012 und Ausblick auf 2013, AG 2012, 725-736.
- , Aktuelle Entwicklungen und Trends in der Hauptversammlungssaison 2011 und Ausblick auf 2012 », NZG 2011, 721-727.
- Zätzsch J. / Gröning M.*, Neue Medien im deutschen Aktienrecht - zum RefE des NaStraG, NZG 2000, 393-399.
- Zetsche D.*, Die nächste ‘kleine’ Aktienrechtsreform: Der Referentenentwurf eines Gesetzes eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG), Der Konzern, 2008, 321-332;
- , Die neue Aktionärsrechte-Richtlinie: Auf dem Weg zur Virtuellen Hauptversammlung , NZG 2007, 686-692.
- Zwissler T.*, 2010: Das Jahr der ARUG-Hauptversammlungen, HV Magazin, Praxis/2010, 33.

IV - Textes officiels allemands

- RegE, Aktienrechtsnovelle 2012, 30.12.2011, BR-Drs. 852/11.
- Gesetz vom 22.12.2011 zur Änderung von Vorschriften über Verkündung und Bekanntmachungen sowie der Zivilprozessordnung, des Gesetzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung, BGBl. I, S. 3044;
 - RegE, BR-Drs n° 230/11, 27.05.2011;
 - BT, 6. RA, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 16/13098, 20.5.2009.
- Gesetz vom 30.7.2009 zur Umsetzung der Aktionärsrichtlinie (ARUG), BGBl. I 50, S. 2479;
 - RegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, 21.01.2009 ;
- Gesetz vom 5.1.2007 zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie 2004/109/EG (TUG), BGBl. 2007 I, 10.
- Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG), 10.11.2006, BGBl. I, S. 2553 ;
 - BT, 6. RA, Beschlussempfehlung und Bericht zum RegE EHUG, BT-Drs. 16/2781, 27.9.2006.
- Gesetz vom 22.9.2005 zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), BGBl. I 60, S. 2802;
 - RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, 14.03.2005;
 - RefE UMAG, jan. 2004.
- Gesetz vom 19.7.2002 zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, Transparenz und Publizität (TransPuG), BGBl. I 2002, S. 2681;
 - RegE TransPuG, BT-Drs. 14/8769, 11.4.2002.
- Gesetz vom 18.01.2001 zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NaStraG), BGBl. I, S. 123;
 - BT, 6. RA, Beschlussempfehlung und Bericht zum NaStraG, 15.11.2000, BT-Drs. 14/4618;
 - RegE NaStraG, 8.9.2000, BT-Drs. 14/4051.
- Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts, BGBl. I 1994, S. 1961.
- Aktiengesetz (AktG), 06.09.1965, BGBl. I S. 1089.
- Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB), 31.05.1861.
- Aktionärsforumsverordnung, 22.11.2005, BGBl. I, S. 3193.
- Verordnung über den Ersatz von Aufwendungen der Kreditinstitute (KredInstAufwV), 17.06.2003, BGBl. I, S. 885.
- Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK)*, 26.2.2002 (24.6.2014).
- Regierungskommission « Corporate Governance »*, BT-Drs. 14/7515, 14.08.2001.

V - Décisions de justice

- BGH, *Beschl.* v. 08.10.2013 – II ZR 329/12 (OLG Frankfurt art. M.).
- BGH, *Urt.* v. 8.2.2010, II ZR 94/08, AG 2010, 292.
- OLG München, *Beschl.* v. 10.04.2013 – 7 AktG 1/13, NZG 2013, 622.
- OLG Hamm, *Beschl.* v. 27.09.2011, I-27 W 106/11 2011, MDR 2012, 420.
- OLG Düsseldorf, *Urt.* v. 05.07.2012, Az. I-6 U 69/11.
- OLG München, 06.08.2006, AZ 7 U 5628/07, WM 2009, 658.
- LG München I, *Urt.* v. 01.04.2010 – 5 HK O 12554/09, BB n° 19, 2010, 1111.
- LG München I, *Urt.* v. 11.12.2008 – 5 HK O 15201/08.
- LG Köln, *Qaktie.de*, *Urt.* v. 17. 11. 2005 - 31 O 534/05, GRUR-RR 2006, 372.
- LG Frankfurt/M., *Urt.* v. 29.10.2004, 3-13 O 79/03, NJW-RR 2005, 837 ; *Lenz S.*, EWiR, 1/05, 3/2005, 97.

TABLE DES MATIERES

Abréviations.....	I
Sommaire	III
Introduction	1

Première partie - Information et communication par voie électronique en période d'assemblée générale des actionnaires..... 17

Titre 1 - De l'information diffusée à l'information diffuse..... 21

CHAPITRE 1 - L'illusion de la transparence en droit des sociétés 27

SECTION 1 - Le forum des actionnaires 28

§ 1 - Régime juridique lourd..... 30

I - Une loi simple et neutre 30

II - Une ordonnance sclérosante 31

A) Accessibilité 32

B) Organisation du forum..... 34

C) Identification 34

D) Contenu des appels..... 35

E) Liens internet 36

F) Coûts..... 37

III - Conditions générales d'utilisations (AGBs)..... 38

§ 2 - Triste bilan, perspectives sombres..... 39

SECTION 2 - La retransmission en ligne de l'assemblée 43

§ 1 - Le cadre juridique de la retransmission en ligne..... 44

I - Droit allemand 44

II - Droit français 45

A) La pratique hors du droit 46

B) Le droit hors de tout usage 47

§ 2 - La publicité de l'événement, le caractère privé de l'assemblée	48
I - L'assemblée générale, réunion privée ?	48
A) Position française	49
1. Admission de tiers à l'assemblée	50
2. Délits publics en assemblée.....	51
B) Position allemande.....	53
II - Droit à l'image des participants	56
Conclusion intermédiaire.....	57
 CHAPITRE 2 - L'essor de l'information réglementée en ligne.....	 61
SECTION 1 - L'accès aux documents sociaux : prendre connaissance, prendre copie	62
§ 1 - Droit français.....	63
I - La copie face au développement technologique	63
II - La légalité de la prise de copie	69
A) Modalités et finalités d'accès à l'information	69
1. Consultation de la feuille de présence	69
2. Consultation de la liste des actionnaires.....	70
3. Finalités de la consultation	70
B) Droit commun de l'article 9 C. civ.	72
C) Loi « Informatique et Libertés »	74
§ 2 - Droit allemand.....	77
I - La suppression du dépôt des documents sociaux	77
II - La redéfinition des rôles reconnus au registre des actionnaires et à la feuille de présence.....	79
III - L'accès à la liste de présence	81
A) Durant l'assemblée générale	81
B) Après l'assemblée générale	83
SECTION 2 - La diffusion sur internet de la convocation et des informations afférentes à l'assemblée générale des actionnaires.....	 85
§ 1 - Publication d'annonces légales obligatoires en ligne	88
I - « <i>Elektronischer Bundesanzeiger</i> ».....	88
II - Publication au BALO	89
§ 2 - Publication sur le site de la société	91
I - Le site internet	91
A) Le site internet approprié.....	92
B) L'usage approprié du site internet	94
1. La spécificité de l'information électronique.....	94
2. L'accessibilité du site internet de la société	95
a. Droit français.....	95
b. Droit allemand	97

II - Contenu de la publication	98
A) Publication de la convocation originale	98
1. Droit français	98
2. Droit allemand	99
B) Publication de l'ordre du jour modifié présenté à l'assemblée	100
1. Droit français	101
a. Règles de publication	102
b. Conséquences de la publication en ligne sur le contrôle des participations	104
2. Droit allemand	107
a. Les demandes d'adjonction à l'ordre du jour	108
b. Les contre-propositions	110
C) Publication des réponses aux questions écrites	112
1. Droit français : réponse en ligne, réponse en salle	114
2. Droit allemand	115
a. L'effectivité des réponses écrites en ligne	116
b. Les modalités de publication en ligne	117
c. La publication durant l'assemblée	118
D) Publication des résultats des votes	120
<i>Conclusion intermédiaire</i>	122
Titre 2 - La communication électronique entre la société et l'actionnaire.....	123
CHAPITRE 1 - Des mesures de simplification partiellement abouties	125
SECTION 1 - La communication électronique avec la société facilitée	126
§ 1 - L'identification du cyber-actionnaire	126
I - Le silence du droit allemand	127
II - Les réponses du droit français	127
A) Les procédures d'identification par voie électronique	128
1. La transmission de l'attestation de participation	129
2. La signature électronique	130
3. La procédure allégée	131
4. Le message électronique	133
5. L'évaluation des méthodes d'identification	135
6. Les obstacles persistants	136
B) L'identification après le vote électronique	136
§ 2 - Les demandes d'ajout de points ou de projets à l'ordre du jour	137
I - Droit français	138
A) Les modalités d'envoi des demandes d'adjonction	138
B) Les modalités d'envoi de l'accusé réception	139
II - Droit allemand	140
A) Les demandes d'adjonction (<i>Ergänzungsverlangen</i>)	140
B) Les contre-propositions (<i>Gegenanträge</i>)	143
<i>Conclusion intermédiaire</i>	146

§ 3 - <i>Les questions écrites</i>	146
I - Droit français	146
II - Droit allemand	150
A) L'écrit mis en doute.....	152
B) Du droit de poser des questions à distance	155
C) De l'exercice du droit aux questions à distance.....	158
<i>Conclusion intermédiaire</i>	159
SECTION 2 - La communication électronique avec les actionnaires non généralisée	161
§ 1 - <i>L'exigence française d'accord préalable de l'actionnaire</i>	162
I - L'initiative de la société.....	164
II - L'accord de l'actionnaire	165
A) L'exigence révolue d'un accord écrit.....	166
B) La transmission de l'accord.....	168
III - Le retrait de l'accord	169
§ 2 - <i>Les statuts de droit allemand et la transmission électronique de la convocation</i>	171
I - La transmission de la convocation aux actionnaires et intermédiaires financiers connus.....	172
A) Les conditions du § 30b III WpHG	173
B) La relation entre les § 125 II AktG et § 30b III d WpHG.....	175
II - La liberté statutaire quant aux modalités d'envoi à l'ensemble des actionnaires au nominatif.....	177
III - La retransmission électronique aux actionnaires au porteur.....	178
§ 3 - <i>Vers une remise en cause de l'accès et de l'envoi de l'information</i>	180
I - Une discussion à l'échelle de l'Union européenne	181
II - Les avantages du système allemand de distribution de l'information	184
§ 4 - <i>Portabilité accrue des documents sociaux</i>	186
I - Droit français	186
II - Droit allemand	190
<i>Conclusion intermédiaire</i>	191
CHAPITRE 2 - L'accélération perfectible de la communication	193
SECTION 1 - Les termes et délais de publication et de transmission imposés à la société	194
§ 1 - <i>Évolution du calendrier de l'assemblée générale</i>	195
I - L'allègement du calendrier allemand.....	195
A) La publication des convocations et informations	196
B) La communication des convocations	197

II - L'évolution du calendrier français	199
A) Le calendrier légal et réglementaire de l'assemblée générale	200
1. Avant le 35 ^e jour pré-assemblée : publication au BALO	200
2. Entre le 35 ^e et le 21 ^e jour pré-assemblée : publication en ligne.....	200
3. Entre le 21 ^e et le 15 ^e jour pré-assemblée : l'incohérence.....	202
B) Les publications et communications électroniques contextuelles.....	203
1. La publication de l'ordre du jour définitif	204
2. La publication des réponses aux question écrites	205
3. La transmission des documents sociaux	206
§ 2 - Des délais raccourcis en cas de participation électronique ?	206
I - Un compromis intéressant.....	207
II - Une réception décevante.....	209
A) Difficultés de transposition en droit français.....	210
B) Difficultés de transposition en droit allemand.....	212
III - Des ébauches de solutions	213
A) Dans les sociétés de droit allemand dont toutes les actions revêtent la forme nominative.....	214
B) Dans les sociétés de droit français dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé	215
<i>Conclusion intermédiaire</i>	216
SECTION 2 - Les termes et délais de communication imposés aux actionnaires	216
§ 1 - Les termes et délais appliqués aux communications électroniques écrites.....	217
I - L'accord et son retrait pour la communication par voie électronique	217
A) La date limite de communication de l'accord	217
B) Le retrait de l'accord	220
II - La date limite d'envoi des questions écrites	223
III - Les délais d'envoi ou de réception des demandes d'adjonction	225
A) Les dates limites de réception de droit allemand.....	225
B) Des délais d'envoi aux délais de réception de droit français	226
1. Une date limite d'envoi dans les société non cotées.....	226
2. Une date limite de réception dans les sociétés cotées.....	228
3. En période d'OPA	229
IV - Délais d'inscription à l'assemblée et date d'enregistrement	230
A) Droit français.....	230
1. L'inscription dans les sociétés non cotées	230
2. La date d'enregistrement dans les société cotées et assimilées	231
B) Droit allemand.....	233
1. Les modalités d'inscription à l'assemblée générale des actionnaires au nominatif.....	234
2. La date d'enregistrement retenue pour les actions au porteur	235

§ 2 - <i>La période de transmission des formulaires et bulletins de vote à distance</i>	236
I - Le vote français pré-assemblée	236
A) Le vote par correspondance	237
B) Le vote à l'écran pré-assemblée	239
1. Un principe de valeur légale ?	239
2. Une disposition réglementaire	241
II - Le « nouveau » vote à distance de droit allemand	243
A) L'ouverture de la période de transmission	244
B) La date limite de transmission	244
<i>Conclusion intermédiaire</i>	245

Seconde partie - Participation à distance à l'assemblée générale des actionnaires..... 247

Titre 1 - La progression de l'exercice du droit de vote par voie électronique 251

CHAPITRE 1 - L'essor du vote électronique pré-assemblée 253

SECTION 1 - Les fondements juridiques du vote électronique..... 254

§ 1 - Droit français..... 255

I - La loi et la clause statutaire 256

II - La décision des dirigeants..... 257

§ 2 - Droit allemand..... 258

I - Les statuts et le directoire..... 258

II - La retrait de la recommandation du code de gouvernement (DCGK) 259

SECTION 2 - Les dispositifs proposés par la pratique française 261

§ 1 - Les premiers pas du vote électronique..... 261

I - Le *Vade mecum* ANSA-CFONB 262

II - Le concept *Directvote*..... 263

A) L'interface utilisateur 264

B) Numérisation de la procédure papier 265

C) Le « bulletin électronique » 267

§ 2 - Les offres des acteurs de la place 268

I - Les offres des centralisateurs 268

II - L'accord de place : la plate-forme *Votaccess* 270

Conclusion intermédiaire..... 273

SECTION 3 - Le formulaire de vote à distance 273

§ 1 - L'accès au formulaire..... 274

I - Droit allemand 274

II - Droit français 276

A) Depuis le site internet de la société 276

B) L'envoi à l'actionnaire 278

1. L'envoi en annexe de la convocation 278

2. L'envoi sur demande de l'actionnaire 278

§ 2 - *Forme, contenu et modalités d'envoi*..... 280

I - Droit français 280

A) Le formulaire AFNOR et le formulaire électronique	281
1. La présentation des projets de résolution	281
2. L'abstention.....	282
3. Le pré-remplissage du formulaire	283
4. Les annexes	285
B) La transmission du formulaire	287
1. L'envoi des formulaires VPC (papier et numérisés)	288
2. La transmission des formulaires électroniques	288
3. Évolution envisageable pour les actionnaires au nominatif.....	290
II - Droit allemand	292
§ 3 - <i>La correction du formulaire</i>	294
I - Droit allemand	294
II - Droit français	297
A) L'irrévocabilité prônée par la pratique	297
B) Le régime juridique de l'interdiction	298
§ 4 - <i>La traçabilité du formulaire électronique</i>	300
I - Pour les votes électroniques en salle	301
II - Pour les votes à distance	303
<i>Conclusion intermédiaire</i>	305
CHAPITRE 2 - Le rôle ambivalent de la procuration par voie électronique	307
SECTION 1 - La formule de procuration et le formulaire électronique de vote par procuration	309
§ 1 - <i>La notification du mandat et la transmission des instructions de vote</i>	309
I - La notification par correspondance postale et courriel	310
A) Droit allemand.....	310
B) Droit français	311
II - La notification et le vote par procuration à l'écran	313
A) Droit français.....	313
B) Droit allemand	315
§ 2 - <i>La révocation en ligne de la procuration</i>	316
I - Droit allemand	316
II - Droit français	317
A) La révocation de la procuration par courriel	317
B) L'irrévocabilité des procurations transmises à l'écran	318
SECTION 2 - Le vote à distance et le vote par procuration	319
§ 1 - <i>Les ambiguïtés du formulaire unique</i>	320
§ 2 - <i>Le conflit de formulaires</i>	322
I - La priorité française du formulaire de vote sur la formule de procuration.....	322

II - Les règles de priorité fixées par la société de droit allemand	323
<i>Conclusion intermédiaire : le choix ?</i>	325
CHAPITRE 3 - La crainte du vote électronique en direct	327
SECTION 1 - Le vote électronique en direct	329
§ 1 - <i>Le vote électronique en salle</i>	330
§ 2 - <i>Le rejet français du vote électronique en direct</i>	333
I - Le vote par visioconférence	333
II - Le vote en direct par des moyens électroniques de télécommunication	334
§ 3 - <i>Les deux méthodes allemandes de vote individuel en direct</i>	336
I - Le vote par correspondance en direct	336
II - Le vote dans le cadre de la participation en ligne (<i>Online-Teilnahme</i>)	337
SECTION 2 - Le vote par terminal mobile : vers une refonte du régime juridique du vote en assemblée	341
§ 1 - <i>Pour les actionnaires non présents physiquement</i>	343
§ 2 - <i>Pour les actionnaires présents en salle, et ceux représentés</i>	344
<i>Conclusion intermédiaire</i>	347
Titre 2 - Le déclin du droit de l'actionnaire de participer aux délibérations	351
CHAPITRE 1 - L'assemblée en salle et la participation en ligne	353
SECTION 1 - La participation et la réputée présence du cyber-actionnaire	353
§ 1 - <i>Le champ lexical légal de l'assemblée générale</i>	354
I - Présence physique, présence virtuelle ?	354
II - Présence et participation, liste de présence et liste des participants	355
§ 2 - <i>L'assemblée dématérialisée ?</i>	357
I - La suppression de l'obligation de présence à l'assemblée générale de droit allemand : « <i>die Präsenzversammlung</i> »	358
A) Critique sur la base de l'analyse fonctionnelle de l'assemblée	359
B) Critique sur la base de l'interprétation des tendances législatives	360
II - Le lieu de l'assemblée générale	361
A) Le duplex	362
B) La jurisprudence allemande relative au lieu de l'assemblée	364
1. Le contrôle de la zone de présence	365
2. La retransmission de l'assemblée dans la zone de présence	366
C) Le lieu physique et l'assemblée virtuelle	367

SECTION 2 - La voix, l'image et la participation	369
§ 1 - <i>Les défis de la visioconférence dans la participation aux délibérations</i>	371
I - La participation à distance aux débats de droit allemand	372
II - La visioconférence de droit français	373
§ 2 - <i>La sécurité juridique et la participation en ligne</i>	376
I - L'inscription de contestations au procès-verbal de l'assemblée	376
II - La diligence du bureau de l'assemblée	378
CHAPITRE 2 - Les incohérences du régime juridique de la participation en ligne	381
SECTION 1 - Le cyber-actionnaire dans la société anonyme.....	382
§ 1 - <i>La liberté de l'actionnaire et le pouvoir des dirigeants quant aux modalités de participation en ligne</i>	383
I - Les règles relatives à la participation en ligne	383
II - Les limites de la liberté statutaire	385
§ 2 - <i>L'égalité entre actionnaires face aux modalités de participation</i>	387
I - Les modalités de participation et l'accès à l'assemblée	388
II - La relativité du principe d'égalité entre actionnaires	388
SECTION 2 - Le cyber-actionnaire et le droit positif	392
§ 1 - <i>L'élaboration du droit encadrant la participation en ligne</i>	394
I - La nature supplétive du régime juridique de la participation en ligne	394
II - La « délégation législative » aux décrets en Conseil d'État	395
§ 2 - <i>L'abandon du régime spécial relatif au cyber-actionnaire</i>	397
I - La voie électronique au service de la « démocratie actionnariale » ?	398
II - L'opportunité incertaine d'un régime spécial au cyber-actionnaire	401
<i>Conclusion intermédiaire</i>	403
Conclusion	405
Synthèse en langue allemande - Zusammenfassung	409
Annexes	455
I - Synopsis des textes	457
A) Signature électronique.....	457
B) Évolution du nom attribué au <i>Bulletin des Annonces Légales Obligatoires</i>	458
C) Visioconférence	459

II - Glossaire juridique	461
Actionnaire au nominatif	461
1. Droit français : droit des actions, droit des titres	461
2. Droit allemand.....	464
a. L'inscription au registre des actionnaires.....	464
b. La tenue du registre et la preuve de l'inscription	466
Actionnaire au porteur	467
Actionnaire en droit européen	469
1. Absence de définition	469
2. Identification de l'actionnaire : subsidiarité et proportionnalité.....	472
Avis de réunion, avis de convocation	473
Convocation, <i>Einberufung</i>	475
Convocation directe des actionnaires connus	479
Convocation directe de l'ensemble des actionnaires	481
Convocation des actionnaires au porteur en droit allemand	484
Date de l'assemblée générale des actionnaires	487
1. Droit français.....	487
2. Droit allemand.....	490
Incidations à la présence ou à la participation	490
OPA - Calendrier	493
Sociétés dont toutes les actions ne revêtent pas la forme nominative	494
Termes et délais	496
 III - Propositions de révisions législatives et réglementaires	 499
A) Droit français.....	499
B) Droit allemand.....	503
 Bibliographie française	 505
I - Ouvrages, manuels et thèses	505
II - Articles, notes de doctrine et presse.....	506
III - Textes officiels	509
A) UE et CE	509
B) Droit français.....	509
IV - Avis, décisions, communications, commentaires et rapports.....	512
A) Juridictions	512
B) Autorités spécialisées	512
C) Organisations, associations et sociétés de droit privé.....	513
 Bibliographie allemande et étrangère	 517
I - Ouvrages et thèses.....	517
II - Commentaires de loi.....	518
III - Articles, notes pratiques et de doctrine, presse.....	518
IV - Textes officiels allemands.....	521
V - Décisions de justice	521