



**Reto Sutter**

Dr en droit, avocat, LL. M., expert fiscal diplômé  
Umbricht Rechtsanwälte, Zurich  
www.umbricht.ch



**Nicolas Facincani**

lic. en droit, avocat, LL. M.  
citylaw.ch, Zurich  
www.citylaw.ch

# Décisions du conseil d'administration prises par voie de circulaire

En pratique, les conseils d'administration prennent souvent des décisions par voie écrite (dites décisions par voie de circulaire ou de circulation). Certains points critiques concernant leur légalité et leur constitution sont pourtant souvent ignorés. Le présent article éclaire la décision par voie de circulaire au niveau du conseil d'administration et présente différents obstacles et amorces de solution.

## 1. Introduction

Le droit de la société anonyme prévoit en principe que le conseil d'administration exerce son activité en comité à l'occasion de réunions.<sup>1</sup> Les différentes affaires et les points inscrits à l'ordre du jour sont alors débattus oralement et les avis sont librement échangés. Les membres du comité de direction et les membres du conseil d'administration chargés de missions spéciales, notamment le président et un éventuel délégué du conseil d'administration, prennent part aussi à la discussion sur la base de laquelle les décisions sont ensuite prises, à l'occasion d'un vote à main levée ou à bulletin secret.<sup>2</sup>

Deux possibilités sont offertes en guise d'alternative à la réunion physique du conseil d'administration.

Il arrive souvent en pratique que les réunions du conseil d'administration se tiennent sous la forme de conférences téléphoniques ou de vidéoconférences.<sup>3</sup> De telles réunions ne semblent pas poser de problème, sachant que dans de tels cas, les consignes en matière de convocation et d'ordre du jour doivent également être respectées.<sup>4</sup>

La réunion peut aussi être remplacée par une prise de décision écrite. Le conseil d'administration d'une société anonyme peut prendre des décisions en approuvant par écrit une proposition qui a elle aussi généralement été présentée par écrit. On parle alors de décisions par voie de circulaire ou de circulation.<sup>5</sup> Aucune base statutaire ni aucune base dans un règlement d'orga-

nisation n'est requise à cet effet.<sup>6</sup> Dans certaines circonstances, il peut toutefois être judicieux d'intégrer les modalités essentielles dans les statuts ou dans le règlement d'organisation.<sup>7</sup>

En principe, une décision par voie de circulaire est conclue en recueillant dans les délais les déclarations d'approbation de la majorité requise concernant la proposition présentée. Les réglementations légales relatives à la prise de décision écrite ainsi que la procédure sont décrites et expliquées en détail ci-après.

## 2. La réglementation légale

Conformément à l'art. 713 al. 2 CO, les décisions peuvent aussi être prises en la forme d'une approbation donnée par écrit à une proposition, à moins qu'une discussion ne soit requise par l'un des membres du conseil d'administration.

### 2.1 Proposition

La première condition requise est une proposition entièrement formulée à propos d'une décision du conseil d'administration. La proposition peut émaner du président, mais aussi d'un autre membre du conseil d'administration. On constate aussi souvent dans la pratique que les propositions des membres du comité de direction sont directement soumises aux membres du conseil d'administration, en concertation avec son président. Pour des raisons pratiques, les propositions doivent être rédigées de telle

sorte qu'il soit possible d'y répondre par un simple oui ou non.

Selon la complexité des affaires à traiter, il peut être indiqué de communiquer aux membres du conseil d'administration, conjointement avec la proposition, d'autres documents et informations qui pourraient être importants pour l'appréciation. L'étendue de la documentation devrait plutôt se baser sur l'étendue des informations requises par les membres du conseil d'administration pour se préparer à une réunion du conseil d'administration.<sup>8</sup>

### 2.2 Délai

La proposition sur laquelle il doit être statué doit être soumise aux membres du conseil d'administration avec la fixation d'un délai.<sup>9</sup> Il serait en principe possible de régler le délai de façon générale ou pour le moins de fixer des directives correspondantes dans le règlement d'organisation. Si le règlement d'organisation ne comporte aucune réglementation relative aux délais applicables, le délai doit être approprié au vu des circonstances concrètes. L'urgence ou la complexité de l'affaire à évaluer, mais aussi les délais habituels dans le conseil d'administration en question et la joignabilité de ses membres peuvent être pris en considération. Il n'y a pas de directives contraignantes et un certain doigté peut éventuellement être de mise en la matière. Un délai trop court peut être abusif et entraîner la nullité de la décision.

Dans la mesure où aucun délai n'est fixé, le respect du temps imparti pour la réponse à la proposition soumise est apprécié selon les règles gé-

nérales du code des obligations.<sup>10</sup> Ainsi, une réponse a été donnée dans les délais, si elle intervient à un moment où sa réception peut être attendue en cas d'envoi en bonne et due forme et en temps voulu. Dans un tel cas, le code des obligations ne prévoit donc pas de délai explicite et celui-ci doit être déterminé au cas par cas, au gré des circonstances concrètes. Le délai doit être approprié et inclure un délai de réflexion. Dans un tel cas, il convient notamment aussi de s'appuyer sur la pratique antérieure de l'entité et de voir dans quel délai il a fallu par le passé répondre aux décisions par voie de circulaire.

La non-mise à profit du délai de réponse est considérée comme une absence de réaction du membre correspondant du conseil d'administration et ce membre est traité comme s'il n'avait pas participé au vote.

### 2.3 Forme de la réponse

Contrairement aux expressions fréquemment utilisées de «décision par voie de circulaire» et de «décision par voie de circulation», il ne s'agit généralement pas de signer un document qui circulerait entre les membres du conseil d'administration, mais plutôt de transmettre aux membres plusieurs copies de la proposition qui doivent être signées. Les deux variantes sont cependant acceptables en principe.

La loi prévoit que la réponse à la proposition doit être écrite. La déclaration doit être signée à cet effet.<sup>11</sup> La forme écrite telle qu'elle est définie par le code des obligations implique que la teneur de la déclaration soit enregistrée sur un support de déclaration et durablement consignée.<sup>12</sup> Le support de déclaration est habituellement constitué d'un document papier. Notamment avec les moyens de communication modernes actuels, on peut se demander dans quelle mesure ceux-ci remplissent les conditions nécessaires concernant la forme écrite. Selon une opinion prédominante, les documents originaux transmis par fax respectent ces exigences.<sup>13</sup> Il est dès lors jugé recevable de numériser des documents originaux signés et d'envoyer le fichier image enregistré en pièce jointe à un e-mail.<sup>14</sup> Dès lors, il est également possible d'envoyer un e-mail pourvu d'une signature électronique.<sup>15</sup> S'agissant des décisions par voie de circulaire, il est admis que le vote peut être transmis par courrier, par fax ou par e-mail avec une signature électronique qualifiée. Le vote au moyen d'un e-mail simple ou par téléphone est donc irrecevable. En cas de vote au moyen d'un e-mail simple sans une signature électronique qualifiée, l'e-mail doit être accompagné d'une copie pdf (Scan-Copy) de la proposition signée ou du vote signé pour que celui-ci soit valide.<sup>16</sup> Ces réglementations s'appliquent aussi en l'absence de citation explicite dans le règlement d'organisation.

Une réglementation relative à l'exigence de forme écrite dans le règlement d'organisation

améliore cependant la sécurité et le texte suivant peut par exemple être utilisé:<sup>17</sup>

«Les décisions peuvent être prises par voie de circulaire au moyen d'une approbation écrite (lettre, fax, e-mail). En cas de transmission par fax ou par voie électronique, la forme écrite est réputée respectée, si l'image transmise restitue la signature manuscrite [évent.: et que l'original est remis].»

### 2.4 Silence

En cas de silence d'un membre du conseil d'administration au-delà d'une certaine date de référence, son approbation ne peut en principe pas être supposée. Même en cas d'usage contraire, le silence d'un membre du conseil d'administration n'est juridiquement pas considéré comme une approbation, mais comme une abstention. Eu égard aux règles de quorum, il peut parfois avoir l'effet d'un «non».

### 2.5 Renonciation à la consultation

La loi prévoit en outre que chaque membre puisse exiger la discussion en cas de décision par voie de circulaire. Si un membre du conseil d'administration exige la discussion, la procédure par voie de circulation s'achève et une réunion du conseil d'administration doit être convoquée. Alternativement, l'affaire peut aussi être retirée. Le droit de requérir une discussion est soumis à l'interdiction de commettre des abus. Il ne peut toutefois pas être restreint par les statuts ni par le règlement d'organisation; une clause correspondante serait invalide.<sup>18</sup> On n'exige donc pas des membres du conseil d'administration qu'ils s'expriment positivement sur la mise en œuvre d'une procédure par voie de circulaire. Ils ont juste la possibilité de la refuser. Si un membre du conseil d'administration ne réagit pas à une décision par voie de circulaire, cela signifie implicitement l'approbation de la procédure écrite (pour autant que le projet de décision ait été transmis). L'approbation de la procédure écrite peut aussi être exprimée en approuvant ou en rejetant la proposition.

Lorsqu'un membre du conseil d'administration exige la discussion, celle-ci doit avoir lieu dans un délai approprié à cet effet.<sup>19</sup> Si aucun délai séparé n'est fixé en ce sens, la discussion doit être exigée dans le délai dans lequel doit également avoir lieu le vote. Sous réserve de l'interdiction de commettre des abus, une discussion peut en tout temps être exigée dans ce délai, même si la majorité requise a déjà approuvé la décision. Régulièrement, aucun délai séparé au cours duquel une discussion peut être exigée n'est fixé, bien que cela puisse s'avérer utile et être réglé dans le règlement d'organisation:

«Les décisions par voie de circulaire sont admissibles, si un membre du conseil d'administration n'exige pas la discussion dans le cadre d'une

réunion dans un délai de [trois] jours ouvrés suivant la réception de la proposition.»<sup>20</sup>

Il arrive même que des propositions de décision par voie de circulaire soient conçues de manière à ce que chaque membre du conseil d'administration puisse lui-même cocher sur la proposition à signer s'il exige une discussion.<sup>21</sup> L'exigence de discussion peut éventuellement être de mise afin de satisfaire à l'obligation de diligence du mandat d'administrateur. D'un autre côté, l'exigence de discussion recèle aussi le risque en cas d'affaires urgentes, que la décision requise ne puisse pas être prise à temps et que la demande de discussion puisse ainsi impliquer des conséquences en termes de responsabilité.<sup>22</sup> Selon le cas, il peut être utile après une discussion (nécessaire) de réaliser le vote correspondant par écrit afin de satisfaire à des aspects temporels ou autres.

### 2.6 Exigence de majorité dans la procédure par voie de circulaire

**L'unanimité n'est pas requise**<sup>23</sup> pour la décision par voie de circulaire, sauf si les statuts ou le règlement d'organisation prévoient autre chose. Les décisions prises à l'unanimité par voie de circulaire ne posent évidemment aucun problème, puisqu'elles ont été acceptées par tous les membres du conseil d'administration. Si l'unanimité est requise (selon les statuts ou le règlement d'organisation), un problème peut toutefois se poser en ce sens qu'il peut y avoir un doute quant à la règle applicable lorsqu'un membre du conseil d'administration ne peut pas participer à un vote, par exemple suite à un conflit d'intérêts.<sup>24</sup> Sans réglementation spéciale applicable à de tels cas, une interprétation devrait déterminer si l'unanimité doit signifier que tous les membres participants ou effectivement tous les membres du conseil d'administration doivent donner leur approbation. Lorsque les statuts ou le règlement d'organisation exigent l'unanimité, il est donc conseillé de couvrir au mieux de tels cas de figure par une réglementation détaillée préalable. A défaut, les décisions par voie de circulaire pourraient bien s'avérer irrecevables a posteriori.

Le quorum des décisions prises par écrit se calcule à l'instar de la prise de décision parmi les personnes présentes<sup>25</sup>, sauf réglementation spécifique dans le règlement d'organisation ou les statuts.<sup>26</sup> En l'absence de réglementation contraire dans le règlement d'organisation ou les statuts, il convient donc de respecter en relation avec la prise de décision écrite tous les quorums de décision et de présence (qualifiés), tels qu'ils s'appliqueraient à une prise de décision parmi les personnes présentes.

Une décision est réputée acceptée si la majorité requise a donné son approbation<sup>27</sup> ou a réagi à la demande jusqu'à l'expiration du délai.<sup>28</sup> A l'art. 713 al. 1 CO, la loi exige en principe que les décisions **soient prises à la majorité des voix**

**émises.** Cette exigence est respectée avec la majorité absolue des membres du conseil d'administration qui ont voté «oui» ou «non» par écrit. Les abstentions ou les réponses vierges à une proposition ne sont pas prises en compte<sup>29</sup>, elles sont considérées comme une non-participation au vote. Si la loi, les statuts ou le règlement d'organisation se basent toutefois sur la majorité absolue des membres du conseil d'administration présents, tous les membres du conseil d'administration qui réagissent par écrit à la proposition sont comptabilisés comme étant présents.<sup>30</sup> Dans ce cas, les abstentions et les réponses vierges à la proposition doivent être comptabilisées lors du calcul du quorum nécessaire<sup>31</sup>; elles ont donc le même effet que les votes «non». Pour que tout soit parfaitement clair dans ce domaine, il est en principe conseillé de fixer plus précisément les quorums correspondants à la prise de décision écrite dans les statuts ou dans le règlement d'organisation.<sup>32</sup>

Si le règlement d'organisation contient des quorums de présence pour la tenue des réunions du conseil d'administration, il est conseillé d'y définir également si ces quorums de présence doivent également s'appliquer aux décisions par voie de circulaire. A cet égard, le règlement d'organisation peut également définir des quorums dits de participation, en fixant p.ex. que les décisions par voie de circulaire ne peuvent être valablement prises que si un certain nombre de membres du conseil d'administration participe au minimum à la prise de décision. Si le règlement d'organisation ne contient aucune réglementation à ce sujet, les quorums de présence applicables à une décision par voie de circulaire sont les mêmes que pour une réunion physique, les abstentions ou les réponses vierges à une proposition étant considérées comme une présence.

## 2.7 Attestation de la notification en bonne et due forme

Afin d'éviter toute contestation relative à la validité d'une décision, il faudrait s'assurer de toute urgence que le projet de résolution soit valablement transmis à tous les membres du conseil d'administration. La preuve correspondante incombe au président du conseil d'administration ou à l'ensemble du conseil d'administration.<sup>33</sup> La notification en bonne et due forme constitue une exigence de validité pour la décision par voie de circulaire. Cependant, si un membre du conseil d'administration est **effectivement injoignable**, la seule tentative de notification devrait déjà être suffisante.<sup>34</sup> Une réglementation correspondante dans le règlement d'organisation pourrait donner une sécurité juridique supplémentaire à cet égard.

## 2.8 Consignation des décisions par voie de circulaire

A l'art. 713 al. 3 CO, la loi dispose que les décisions du conseil d'administration doivent être consignées dans un procès-verbal. Dans sa grande majorité,

la doctrine en conclut que les décisions par voie de circulaire doivent également être consignées dans le **procès-verbal du conseil d'administration**.<sup>35</sup> Une partie de la littérature exige en outre que la teneur de la décision soit autorisée lors de la prochaine réunion du conseil d'administration. Ceci est notamment justifié par la **preuve de la notification** du projet de résolution à tous les membres du conseil d'administration. L'autorisation des décisions par voie de circulaire effectives lors de la prochaine réunion signifie ainsi la renonciation à une reprise en considération.

## 2.9 Opportunité des décisions par voie de circulaire

La loi autorise les décisions par voie de circulaire sans aucune réserve.<sup>36</sup> Le règlement d'organisation peut en revanche prévoir une réglementation divergente et exclure certaines (voire toutes les) décisions de la possibilité d'une prise de décision écrite. Dans certains cas, une délibération préalable du conseil d'administration peut en outre être indiquée.<sup>37</sup> Dans un tel cas, chaque membre du conseil d'administration peut exiger la discussion.

Un exemple d'application classique des décisions par voie de circulaire est notamment constitué des actes de routine<sup>38</sup> et des décisions d'importance subordonnée, où une délibération semble inutile.<sup>39</sup> Des décisions par voie de circulaire peuvent aussi sembler indiquées en cas d'urgence, lorsqu'il est impossible de convoquer une réunion faute de temps.<sup>40</sup> Si l'on se base toutefois sur la recevabilité des réunions du conseil d'administration via une téléconférence ou une vidéoconférence comme indiqué ci-dessus, la nécessité d'une décision par voie de circulaire devrait être plutôt rare. Nous pensons que les décisions par voie de circulaire signées par tous les membres du conseil d'administration sont en outre un moyen valable pour démontrer ou pour prouver que tous les membres du conseil d'administration correspondant ont été impliqués dans la prise de décision. A la différence des procès-verbaux de séance, où le respect des consignes en matière de convocation et la présence des membres du conseil d'administration sont uniquement constatés par le président et consignés dans le procès-verbal, il est clair dans le cas de décisions par voie de circulaire signées par tous les membres du conseil d'administration que ces derniers ont tous eu la possibilité de participer à la prise de décision correspondante et de préserver leurs droits à cet égard.

## 2.10 Décisions par voie de circulaire et registre du commerce

Le dépôt de décisions par voie de circulaire constitue une possibilité pour attester d'un fait à enregistrer auprès de l'Office du registre du commerce. Si des décisions par voie de circulaire sont remises à l'Office du registre du com-

merce en guise de justificatifs, l'original doit être signé par toutes les personnes de l'organe correspondant pour qu'elles puissent servir de justificatif à l'Office du registre du commerce, conformément à l'art. 23 al. 2 ORC.<sup>41</sup>

L'art. 23 al. 3 ORC retient qu'il est possible de renoncer à la remise en guise de justificatifs de procès-verbaux ou d'extraits de procès-verbaux de l'organe de direction ou d'administration suprême concernant des décisions ou des votes, si l'annonce à l'Office du registre du commerce a été signée par tous les membres de l'organe en question.

Il est particulièrement fréquent de voir dans la pratique des annonces à l'Office du registre du commerce signées par tous les membres de l'organe de direction ou d'administration suprême, qui servent parallèlement de justification à la constitution ou de réglementation de l'autorisation de signer.<sup>42</sup>

## 2.11 Décisions par voie de circulaire et acte authentique

Toutes les décisions du conseil d'administration peuvent en principe être prises par écrit.<sup>43</sup> L'authentification par un officier public de décisions par voie de circulaire peut poser problème, le notaire devant éventuellement confirmer que les administrateurs correspondants disposaient des justificatifs cités dans le document à authentifier à la date de la prise de décision. Une **légalisation officielle** des décisions du conseil d'administration nécessaires et en relation avec des augmentations de capital pour les changements de statuts devrait être impossible par voie de circulation; le notaire doit confirmer que les justificatifs cités dans l'acte ont été présentés au conseil d'administration et cela n'est en principe possible que dans le cadre d'une procédure présenteielle.<sup>44</sup> En pratique, une solution consiste souvent à juger suffisante la présence d'un membre du conseil d'administration selon le règlement d'organisation concernant les décisions du conseil d'administration nécessaires et en relation avec des augmentations de capital pour les changements de statuts requis. A lui seul, un membre du conseil d'administration peut ainsi mener la réunion nécessaire du conseil d'administration devant le notaire.

Pour des questions pratiques, il faudrait toutefois toujours clarifier avec l'Office du registre du commerce compétent avant toute prise de décision (écrite) correspondante s'il accepte la décision authentifiée sous la forme de la décision par voie de circulaire.<sup>45</sup>

## 2.12 Parenthèse: décisions par voie de circulaire lors de l'assemblée générale d'une SA

Les décisions par voie de circulaire telles qu'elles sont prévues dans le cadre de l'activité du conseil d'administration ne sont pas autorisées pour l'assemblée générale, quelle que soit la taille de la

société anonyme ou de l'actionnariat.<sup>46</sup> C'est pour quoi les votes écrits et les approbations écrites concernant des décisions ou des votes de l'assemblée générale sont juridiquement sans effet,<sup>47</sup> c.-à-d. nuls. Si les actionnaires souhaitent participer à la prise de décision de l'assemblée générale même sans être personnellement présents, ils n'ont pas d'autre choix que de mandater des personnes qui assistent à l'assemblée générale. Si les statuts prévoient la possibilité d'une prise de décision de l'assemblée générale par voie de circulaire malgré l'irrecevabilité, la disposition correspondante des statuts est invalide.<sup>48</sup> Des exceptions à l'irrecevabilité des décisions par voie de circulaire de l'assemblée générale ne sont possibles que si elles sont expressément prévues par la loi.<sup>49</sup>

La grande révision du droit de la société anonyme devrait toutefois simplifier la tenue des assemblées générales. Conformément au projet de loi, l'assemblée générale pourra se tenir exclusivement avec des moyens électroniques et sans lieu de réunion. L'approbation des propriétaires ou des représentants de toutes les actions est nécessaire; les décisions de l'assemblée générale ne doivent par ailleurs nécessiter aucune authentification publique.<sup>50</sup> ■

<sup>1</sup> Les administrateurs d'entreprises du SMI Expanded consacrent en moyenne 180 heures par an à leur mandat d'administrateur (y compris les réunions ainsi que le temps de préparation et de suivi). Cela équivaut environ à 20 jours de travail par an. Il existe des différences substantielles entre les présidents du conseil d'administration et les membres «ordinaires» (cf. Rüdisser Michèle F., *Boards of Directors at Work: An Integral Analysis of Nontransferable Duties under Swiss Company Law from an Economic Perspective*, Dissertation St-Gall, Bamberg 2009, p. 134 s.).

<sup>2</sup> Krneta Georg, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2005, N. 790; Homburger Eric, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (éd.) *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht*, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Zurich 1997, art. 713 N 306 s.

<sup>3</sup> A ce sujet: Forstmoser Peter, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft*, Zurich/Bâle/Genève 2011, § 11 N 13 ss. Critique notamment Homburger (note 2), art. 713 OR N 298 s.

<sup>4</sup> Il doit en être de même si les membres du conseil d'administration absents lors d'une réunion physique se joignent à cette réunion par téléconférence ou vidéoconférence.

<sup>5</sup> Cette procédure doit être distinguée du vote écrit lors d'une réunion du conseil d'administration (cf. Homburger (note 2), art. 713 OR N 294 ss). Dans une décision par voie de circulaire, la réunion est intégralement remplacée par la procédure écrite.

<sup>6</sup> Plüss Adrian/Facincani-Kunz Dominique, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (éd.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft*, Art. 550–771, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2012, art. 713 N 7 CO.

<sup>7</sup> Cf. également Forstmoser (note 3), § 11 N 24.

<sup>8</sup> Etant donné qu'il n'y a pas en principe de discussion, les membres du conseil d'administration doivent éventuellement être informés de manière plus complète.

<sup>9</sup> Krneta (note 2), N 815.

<sup>10</sup> L'art. 5 CO s'applique alors par analogie.

<sup>11</sup> Art. 13 CO.

<sup>12</sup> Schwenzer Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 6<sup>e</sup> éd., Berne 2012; cf. également Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg/Emmenegger Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Band I, 9<sup>e</sup> éd., Zurich 2008, Cm 505 ss.

<sup>13</sup> Schwenzer Ingeborg, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf/Wiegand Wolfgang (éd.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Art. 1–529, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2011, Art. 13 N 14b; différencié: Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (note 12), Cm 518.

<sup>14</sup> Schwenzer (note 13), art. 13 N 14c.

<sup>15</sup> Schwenzer (note 13), Art. 13 N 14d; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger (note 12), Cm 519b. Cf. à propos des nouveautés prévues à cet effet: Message du 15 janvier 2014 relatif à la révision totale de la loi sur la signature électronique (SCSE) (FF 2014).

<sup>16</sup> Cf. également Facincani Nicolas/Sutter Reto, *Schriftliche Beschlussfassung bei Organen von juristischen Personen*, in: *L'Expert-comptable suisse* 10/2013, p. 723, rem. 5; Forstmoser (note 3), § 11 N 21.

<sup>17</sup> Cf. Forstmoser (note 3), § 18 N 66, avec renvoi à Meier Robert, *Die Aktiengesellschaft, Ein Rechtsbuch für die praktische Arbeit in der schweizerischen Aktiengesellschaft*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2005, p. 310, chiffre 13.

<sup>18</sup> En raison de ce droit, la littérature parle aussi d'exigence d'unanimité concernant la procédure écrite.

<sup>19</sup> Si la décision est prise avant l'expiration de ce délai, elle est considérée soumise à une condition suspensive.

<sup>20</sup> Forstmoser (note 3), § 18 N 66. Aucun arrêt n'a encore été rendu par le Tribunal fédéral concernant la question de savoir s'il est admissible de fixer un délai plus court pour exiger une discussion que pour voter. Nous pensons que cela devrait au moins être possible lorsqu'il existe une base correspondante dans le règlement d'organisation et que les différents délais ne sont pas abusifs.

<sup>21</sup> Cf. l'exemple donné par Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, *Der Verwaltungsrat, Handbuch für die Praxis*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2007, p. 664.

<sup>22</sup> Cf. à propos du risque de responsabilité éventuel: Krneta (note 2), N 818.

<sup>23</sup> Plüss/Facincani-Kunz (note 6), art. 713 N 7 OR.

<sup>24</sup> D'autres problèmes en cas d'unanimité requise peuvent éventuellement résulter des difficultés de transmission des différents votes ou de la perte de la capacité d'agir d'un membre du conseil d'administration. Si toutefois certains membres du conseil d'administration sont injoignables ou que les propositions ne peuvent même pas leur être adressées, le fait que la tentative de transmission suffise pour prendre une décision par voie de circulaire valable n'est pas totalement incontesté. Cf. toutefois au point 2.7, notamment la note 34.

<sup>25</sup> Krneta (note 2), N 816; Böckli Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 13 N 140. Certains règlements le retiennent explicitement comme suit: «Les quorums applicables sont les mêmes que pour une réunion du conseil d'administration» (cf. Forstmoser [note 3], § 18 N 65 ss). Même dans le cas de décisions par voie de circulaire, il faut donc tenir compte et comptabiliser une voix prépondérante éventuelle du président.

<sup>26</sup> Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 31 N 48.

<sup>27</sup> En ce qui concerne le quorum de décision.

<sup>28</sup> En ce qui concerne le quorum de présence ou de participation.

<sup>29</sup> Böckli (note 25), § 13 N 140; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (note 26), § 31 N 23.

<sup>30</sup> Forstmoser (note 3), § 11 N 19.

<sup>31</sup> Böckli (note 25), § 13 N 140.

<sup>32</sup> Il est à noter que selon le projet de loi du 21 décembre 2007 sur la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, tous les écarts par rapport aux réglementations légales concernant la prise de décision du conseil d'administration doivent être réglés dans les statuts.

<sup>33</sup> La notification peut être prouvée grâce à une notification en courrier recommandé ou contre accusé de réception de tous les administrateurs qui ne forment pas de déclaration écrite pour ou contre le projet de résolution ou lors de la prochaine réunion, pour autant que la décision prise soit consignée dans le procès-verbal et qu'aucun membre du conseil d'administration ne s'y oppose.

<sup>34</sup> Selon Böckli (note 25), § 13 N 142, cela doit également s'appliquer dans le cas où un membre du conseil d'administration est temporairement en incapacité d'agir (p.ex. en soins intensifs ou gravement malade). D'après Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (note 26), § 31 N 50, la procédure est possible même si tous les membres du conseil d'administration ne sont pas joignables.

<sup>35</sup> En lieu et place de nombreuses autres références: Böckli (note 24), § 13 N 143. En plus du résultat du vote, le procès-verbal doit contenir toutes les informations nécessaires à la vérification de la formation en bonne et due

forme de la décision par voie de circulaire, la preuve de la notification du projet de résolution doit notamment être consignée dans le procès-verbal si la décision n'est pas unanime. Nous pensons toutefois qu'il n'y a pas, du fait de la réglementation légale (art. 713 al. 3 CO) qui ne semble pas se référer aux décisions par voie de circulaire, d'exigence de consigner séparément sur un procès-verbal la décision prise par voie de circulaire (cf. également Facincani/Sutter (note 15), p. 724.

<sup>36</sup> Cf. toutefois en relation avec les décisions à authentifier le point 2.11, notamment la note 44.

<sup>37</sup> Voir aussi le point 2.5 ci-dessus.

<sup>38</sup> Cf. Krneta (note 2), N 813, qui cite en guise d'exemples la fourniture de signatures ou la ratification d'investissements préalablement discutés qui nécessitaient des clarifications supplémentaires.

<sup>39</sup> Mais des décisions par voie de circulaire peuvent aussi s'appliquer dans des transactions de grande envergure (cf. Wernli Martin/Rizzi Marco A., in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf/Wiegand Wolfgang (éd.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchIT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012, art. 713 N 20 et Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (note 26), § 31 N 47; plus restrictif: Homburger (note 2), art. 713 N 332.

<sup>40</sup> Müller/Lipp/Plüss (note 21), p. 226 s.

<sup>41</sup> Toutes les signatures ne doivent cependant pas figurer sur la même feuille. Etant donné qu'elle doit être signée par tous les membres du conseil d'administration, la décision par voie de circulaire peut cependant constituer un moyen inapproprié pour l'inscription au registre du commerce. Chaque membre du conseil d'administration pourrait notamment empêcher une inscription.

<sup>42</sup> Küng Manfred, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VIII, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Handelsregister und Geschäftsfirmer, 1. Teilband, *Das Handelsregister*, Art. 927–943 OR, Berne 2002, art. 935 CO N 131 avec de nombreux renvois.

<sup>43</sup> Krneta (note 2), N 813. A propos des restrictions possibles concernant la nécessité d'un acte authentique: Wernli/Rizzi (note 39), art. 713 N 21 avec de nombreux renvois. A propos de la possibilité fondamentale d'authentifier des votes par correspondance: Brückner Christian, *Öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen*, in: *SJZ* 1998, p. 33 ss; Küng Manfred, *Urabstimmung und öffentliche Beurkundung*, in: *Der Bernische Notar* 1997, p. 15 s.

<sup>44</sup> Une solution possible pourrait consister à prouver que les documents correspondants ont été transmis à tous les membres du conseil d'administration (cf. Wernli/Rizzi [note 39], art. 713 N 21).

<sup>45</sup> Ainsi, l'Office du registre du commerce de Zurich n'accepte p.ex. pas les décisions par voie de circulaire authentifiées comme justificatifs du registre du commerce.

<sup>46</sup> ATF 67 I 342, consid. 3; Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 10<sup>e</sup> éd., Berne 2012, § 16 N 382. A l'occasion de la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, le législateur a sciemment renoncé à introduire la prise de décision par voie de correspondance de l'assemblée générale. Il voulait préserver le principe d'immédiateté (cf. le Rapport explicatif concernant l'avant-projet de révision du code des obligations: Droit de la société anonyme et droit comptable du 2 décembre 2005, p. 31 s).

<sup>47</sup> Schaad Hans-Peter, in: Honsell Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter Rolf/Wiegand Wolfgang (éd.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchIT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2012, art. 698 N 7; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (note 26), § 23 N 12.

<sup>48</sup> Böckli (note 24), § 16 N 168; Dubs/Truffer (note 47), art. 698 N 7.

<sup>49</sup> Ainsi l'art. 727a al. 3 CO prévoit par exemple explicitement la prise de décision par voie de circulaire pour les cas où le conseil d'administration entend renoncer au contrôle restreint (Opting-out).

<sup>50</sup> Cf. l'art. 701 P-OR du projet de loi du 21 décembre 2007 sur la révision du code des obligations: Droit de la société anonyme et droit comptable.