

LA SÉANCE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

Préparation, convocation, organisation, prise de décision et tenue du procès-verbal

Les séances du conseil d'administration (CA) sont un outil indispensable à la bonne direction d'une société anonyme (Bonne Pratique de Gouvernement d'Entreprise). Ceci est d'autant plus vrai lorsque le CA est composé de nombreux membres. Ce sont en effet les décisions de l'organe de direction qui sont à l'origine de la formation de la volonté de la société.

1. INTRODUCTION

1.1 La nécessité des séances du CA. La tenue de séances réunissant les membres du conseil d'administration est nécessaire, qu'elles se présentent sous forme physique ou virtuelle. Il n'est pas déterminant de les qualifier officiellement de «séances du CA», elles peuvent tout autant être désignées comme «board meetings», «conférences du CA» ou «assemblées du CA».

Lorsque le CA n'est constitué que d'un seul membre [1], la direction de la société peut en principe être assurée sans séances du CA, et donc sans qu'un procès-verbal ne soit dressé. Dans un tel cas, le *registre du commerce (RC)* accepte sans réserve la signature inscrite au RC comme un substitut au procès-verbal du CA. En revanche, lorsque des partenaires commerciaux ou des banques exigent expressément la tenue d'un procès-verbal du CA en vue de la conclusion d'une affaire, la tenue d'une séance du CA avec une personne chargée de la rédaction du procès-verbal devient alors inévitable.

1.2 Les bases légales de la séance du CA. En matière de droit des sociétés anonymes, l'art. 715 du *code des obligations (CO)* fait expressément mention de la tenue de séances du CA. Selon cette disposition, chaque administrateur peut exiger du président, en indiquant les motifs, la convocation immédiate du conseil d'administration à une séance. Le législateur suisse ne s'est toutefois pas penché sur le cas où aucune séance du CA n'est requise. En effet, eu égard au catalogue des tâches de l'art. 716 a CO, il est implicitement prévu que le

CA, en tant qu'organe, organise des séances de sa propre initiative. D'ailleurs, l'art. 715 a CO en est la preuve, puisqu'il stipule que chaque membre du conseil d'administration peut exiger des informations pendant les séances du CA, tant de la part des autres membres que des personnes chargées de la gestion.

Le Code des obligations ne contient qu'un nombre restreint de règles sur les séances du CA. Seul l'art. 713 CO règle brièvement les questions de la prise de décision et de la tenue d'un procès-verbal. Il n'est dès lors pas surprenant que la doctrine et la jurisprudence aient cherché à clarifier les questions encore ouvertes. Cet article aborde plus en détail ces différentes problématiques [2].

2. LA PRÉPARATION DES SÉANCES DU CA

2.1 Les tâches du président du CA. La préparation de la séance du CA figure parmi les obligations les plus importantes du président du CA. Avant de procéder à la convocation du CA conformément à l'art. 715 CO, le président du CA doit accomplir les travaux préparatoires ou, tout au moins, en déléguer la charge au secrétaire du CA. Cette conception correspond à l'opinion de nombreux auteurs, ainsi qu'au texte du chiffre 15 du Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise [3]. Les points devant être traités lors de la séance du CA doivent être mis à l'ordre du jour, conformément aux dispositions légales sur l'assemblée générale (AG). Un délai raisonnable pour la préparation de la séance (p. ex. 10 jours) doit également être accordé aux membres du



ROLAND MÜLLER,
 PROF. DR. EN DROIT,
 AVOCAT ET NOTAIRE,
 STAAD/SG



JÉRÔME MONNIER,
 DR. OEC. HSG,
 CONSEILLER D'ENTREPRISE,
 LONAY/VD

CA, de manière que chacun des membres ait l'opportunité de se préparer en vue des différents points à traiter [4]. Les documents, présentés de façon claire et concise, sont transmis au CA autant que possible avant la séance; dans le cas contraire, le président s'arrange pour que les membres du CA disposent de suffisamment de temps pour prendre connaissance des documents et les étudier avant la séance [5].

Il est avantageux de rédiger une description de la fonction de président du CA afin de clarifier les différentes tâches qui lui incombent [6]. Dans la phase préparatoire avant la séance du CA, les tâches du président incluent: préparer la séance, définir les points à l'ordre du jour, fournir les documents nécessaires et convoquer les membres du CA.

2.2 L'assistance du secrétaire du CA. Depuis la révision du droit des sociétés anonymes de 1991, la personne en charge de la rédaction du procès-verbal est promue au rang de secrétaire du CA. Or, comme son titre l'indique, elle n'a pas pour seule mission d'assurer la tenue du procès-verbal, mais elle doit également assumer les tâches qui lui sont confiées par le président et les autres membres du CA. En ce qui concerne la préparation des séances du CA, le secrétaire peut aider énormément le président dans sa tâche. En effet, il peut notamment établir un projet d'ordre du jour en se basant sur l'agenda de la direction ainsi que sur la dernière séance du CA, contrôler que les affaires en suspens soient réglées, réserver la salle de réunion et le matériel technique, etc. Pour éviter toute confusion quant aux tâches du secrétaire, il est recommandé d'établir une description de fonction [7].

Force est de constater que, dans la pratique, le rôle du secrétaire du CA est généralement sous-estimé. Par conséquent, la description de sa fonction se limite souvent à son aptitude rédactionnelle. Or, en réalité, ses tâches sont très diverses et les exigences de son profil de poste sont très difficiles à être réunies chez une seule et même personne. En effet, le secrétaire doit faire preuve d'une intégrité et d'une discrétion absolues. Une certaine aisance d'expression et de l'expérience dans l'utilisation d'équipements techniques utiles au bon déroulement des séances du CA sont évidemment indissociables de cette fonction. Afin de rendre l'exécution de ses tâches plus aisée, il est essentiel que le secrétaire puisse disposer de suffisamment de temps, de flexibilité et qu'il fasse montre d'une certaine vivacité d'esprit [8]. Enfin, des connaissances en gouvernance d'entreprise et en compliance lui permettront d'accompagner le conseil dans l'ensemble de ses activités.

3. CONVOCATION AUX SÉANCES DU CA

3.1 Compétence pour la convocation. La compétence pour la convocation aux séances du CA revient à son président. Cette compétence découle indirectement de l'art. 715 CO, selon lequel chaque membre du CA peut exiger du président, en indiquant les motifs, la convocation immédiate du conseil d'administration à une séance.

Si l'un des membres du CA demande, de manière conforme aux exigences légales, une convocation immédiate du CA à une séance, le président a l'obligation de répondre sans délai à cette demande [9]. S'il ne se conforme pas à cette exigence,

il enfreint son obligation légale et peut donc être tenu responsable pour les éventuels dommages qui peuvent en résulter. Dans le même temps, le vice-président, ou le cas échéant le membre du CA délégué à cet effet, sont également compétents pour effectuer la convocation à la place du président [10].

Sauf disposition contraire dans les statuts, les membres du CA ne sont en principe pas autorisés à convoquer eux-mêmes une séance du CA. Ils peuvent seulement réclamer une convocation immédiate auprès du président. À l'inverse, cela signifie que le président peut en tout temps convoquer une séance du CA, sans qu'il soit nécessaire de satisfaire des conditions spécifiques.

3.2 Délais et fréquence des convocations. Il n'existe aucune disposition légale spécifiant quand les séances du CA doivent être convoquées, ni dans quels délais. La seule indication provient de l'art. 715 CO, lequel stipule que chaque membre du CA peut exiger, en indiquant les motifs, la convocation immédiate du CA à une séance. Il existe donc certes un droit légal, mais sa mise en œuvre concrète relève de la pratique et du juge [11].

En pratique, les petites et moyennes entreprises (PME) tiennent d'ordinaire une séance du CA par trimestre, ce qui correspond aux recommandations du chiffre 14 du Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise [12], selon lesquelles le CA devrait siéger en règle générale au moins quatre fois par an [13]. Or, en réalité, il s'agit d'une fréquence insuffisante pour les sociétés opérationnelles. Le regroupement des tâches essentielles dans l'agenda de la direction [14] montre qu'au moins six séances du CA sont nécessaires chaque année.

En particulier dans les situations de crise (problèmes de liquidités, risque de surendettement, responsabilité du fait des produits, etc.), il est impératif d'augmenter la fréquence des séances, de manière à pouvoir réagir rapidement et efficacement [15]. Dans les grandes sociétés cotées en bourse, les séances ordinaires du CA se tiennent en règle générale une fois par mois (sauf pendant les vacances d'été).

Si les convocations sont remises systématiquement dans des délais trop courts, le droit des membres du CA de participer aux séances est ainsi *de facto* érudé, et l'on considère qu'il s'agit d'un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC. Si l'entreprise doit faire face à une urgence particulière, telle qu'une grève, un risque imminent de surendettement, un accident du travail, etc., une séance du CA peut être programmée dans les plus brefs délais, par exemple en convoquant les membres du CA pour le jour suivant. Les membres du CA doivent alors tout mettre en œuvre pour annuler leurs autres rendez-vous et prendre part à cette séance importante. Les délais ordinaires pour la convocation peuvent être prescrits dans le règlement d'organisation [16].

3.3 La forme de la convocation. La loi ne contient aucune prescription quant à la forme que doit revêtir la convocation. Par conséquent, qu'elle soit écrite ou orale, la convocation du CA peut être transmise par n'importe quel moyen de communication moderne. Toutefois, lors de situations d'urgence, il est recommandé de transmettre la convocation par écrit pour

des raisons de preuve. Dans le même contexte, l'exigence d'une confirmation à une convocation déjà formulée verbalement peut également suffire.

La décision par voie de circulation représente une forme particulière de convocation à une séance. La convocation et la tenue du procès-verbal sont donc en quelque sorte réunies, puisque la «séance» se tient alors dans différents lieux et même à différents moments. Il est parfois nécessaire que le vote s'effectue par voie de circulation, car en droit suisse, ni le vote par correspondance, ni le vote par procuration ne sont autorisés au niveau de la direction [17]. Dans de tels cas, il faut non seulement voter sur les propositions elles-mêmes, mais également sur la procédure à suivre [18]. Le fait qu'un seul membre du CA exige une participation en personne à la séance suffit pour qu'une séance doive être organisée selon la procédure ordinaire. Toujours est-il que les conférences téléphoniques ou vidéo constituent une solution envisageable dans pareils cas, puisqu'elles permettent d'accélérer la procédure de vote [19].

Sur la base de l'art. 714 CO, toute décision prise par le CA est frappée de nullité, lorsqu'un ou plusieurs administrateurs n'ont pas été convoqués à la séance du CA, délibérément ou non, ou ont été exclus sans justes motifs [20].

Pour que la séance du CA soit efficace, la convocation doit être aussi détaillée que possible concernant les points à l'ordre du jour. Ainsi, le principe prévaut selon lequel aucune séance ne doit être tenue sans qu'un ordre du jour n'ait été établi [21]. Lorsque des propositions ou des bases de décisions sont déjà disponibles sous forme écrite, elles doivent être transmises aux membres du CA.

Il n'est pas obligatoire de procéder à un classement des points à l'ordre du jour, à moins que les circonstances l'exigent. L'expérience pratique a toutefois montré qu'il était avantageux de commencer par l'approbation du procès-verbal précédent après discussion. Cette méthode permet, d'une part, de rappeler à chaque administrateur les points discutés lors de la dernière séance et, d'autre part, de déterminer les décisions et les mesures qui n'ont pas encore été exécutées [22].

Les communications sont parfois proposées comme deuxième point à l'ordre du jour. Toutefois, on entend ici par «communications» celles qui concernent la période à compter de la dernière séance et qui sont directement liées à la société. Cette règle vaut également pour l'évolution des affaires durant cette période. Il est donc recommandé de choisir comme deuxième point de l'ordre du jour la marche des affaires au sens générique du terme. Ceci peut comprendre tous les points déjà connus en lien avec les activités de l'entreprise et devant être discutés durant la séance, en particulier les rapports du CEO et du CFO.

Les autres points à l'ordre du jour suivent selon leur importance. À cet égard, il est opportun que les convocations contiennent si possible le même ordre ainsi que la même désignation. Les points à discuter considérés comme secondaires et qui n'ont pas à être repris dans l'ordre du jour doivent être regroupés sous un point de l'ordre du jour appelé «divers».

Lors de l'établissement de l'ordre du jour, il convient d'avoir

les deux questions suivantes à l'esprit: ce point doit-il réellement être mis à l'ordre du jour ou peut-il être réglé d'une autre manière? Est-il seulement question d'informer ou doit-on aboutir à une décision? Les séances du CA peuvent ainsi être rendues plus efficaces lorsqu'elles sont clairement structurées et que l'ordre du jour est établi de manière rationnelle [23].

Lorsque le CEO et éventuellement le CFO participent régulièrement aux séances du CA à titre consultatif, il faut prévoir que «les affaires internes au CA» soient toujours traitées à la fin de l'ordre du jour. Ainsi, les membres de la direction devront quitter la séance au moment d'aborder ce point à l'ordre du jour.

4. L'ORGANISATION DES SÉANCES DU CA

4.1 Le droit de participation et de vote aux séances du CA.

Le droit de participer aux séances du CA n'est pas stipulé expressément dans la loi, mais on considère toutefois qu'il découle de l'art. 713 al. 1 CO [24]. Selon cette disposition, les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité des voix émises. À titre exceptionnel, il peut être décidé, sous certaines conditions, qu'une décision soit prise par écrit à la place des délibérations orales [25].

Dans le droit suisse des sociétés anonymes, le conseil d'administration est conçu comme un organe qui agit et qui prend des décisions. Si aucune séance n'est tenue ou qu'aucune délibération n'est organisée, il devient alors impossible d'arriver à une volonté commune. C'est également la raison pour laquelle des décisions par voie de circulation ne doivent être envisagées qu'à titre exceptionnel. Lorsqu'il n'est pas possible de parvenir à une volonté commune, le conseil d'administration devient incapable d'agir en tant qu'organe et n'est plus en mesure de remplir ses obligations légales.

Le droit de participer à la séance et aux délibérations peut être défini de manière plus détaillée dans le règlement d'organisation de la société [26], [27]. Cependant, le conseil d'administration peut en principe prendre ses décisions à la majorité simple, uniquement dans la mesure où le règlement d'organisation ne contient pas de règles contraires sur cette question [28]. Par conséquent, il est possible de procéder à un vote à la majorité pour déterminer si des personnes n'appartenant pas au CA peuvent/doivent participer aux séances. Selon la situation, il peut s'agir de membres de la direction, de réviseurs, d'avocats, de conseillers fiscaux et commerciaux, d'architectes, ou même de fournisseurs et de clients importants. La participation de ces personnes peut parfaitement être limitée à certains points inscrits à l'ordre du jour. Un droit de vote ne peut en aucune façon leur être accordé [29].

Indépendamment de sa fonction, chaque membre du CA a le droit de participer à chacune des séances du CA. Dans le cas où un administrateur doit être exclu d'une séance du CA pour de justes motifs, il reste responsable vis-à-vis des tiers pour les décisions prises durant cette séance. Même du point de vue du conseil d'administration dans son ensemble, la participation aux séances peut être perçue comme un droit. On peut en particulier le constater lorsqu'un administrateur se fait exclure des prochaines séances en raison d'incidents graves, tels qu'une violation des secrets d'affaires ou une es-

croquerie. En effet, pour préserver les intérêts de la société, il arrive que de telles mesures doivent être prises de toute urgence. L'intérêt de la société s'oppose ainsi au droit de participation de l'administrateur concerné. Lorsqu'un tel cas n'est pas réglé par le règlement d'organisation, les autres administrateurs n'ont pas d'autres choix que de convoquer une assemblée générale extraordinaire, afin de démettre de ses fonctions l'administrateur dont la présence au sein du CA n'est désormais plus acceptable.

Toutefois, la participation aux séances reste avant tout une obligation de l'administrateur, lequel a été choisi par l'assemblée générale en raison de ses qualités particulières ou de ses relations. La société a donc un intérêt à tirer profit de ces avantages individuels. Dès lors, un administrateur qui ne participe pas aux séances et, par conséquent, ne contribue pas au développement positif de l'entreprise ne lui est d'aucune utilité. En fait, en raison des dépenses pour sa rémunération et l'administration, il représente même un dommage direct pour l'entreprise et peut devoir en répondre, selon les circonstances [30].

4.2 Le droit à l'information aux séances du CA. Lors des séances, tous les administrateurs ainsi que les membres de la direction ont l'obligation de fournir des renseignements [31]. Il convient de noter que «fournir des renseignements» n'inclut pas uniquement le fait de répondre aux questions posées. En fait, les personnes visées sont tenues de produire d'elles-mêmes les rapports utiles aux personnes souhaitant obtenir des informations. Il est alors évident que chaque participant à la séance doit être capable de donner des informations quant aux problèmes survenus dans son domaine d'activité, de manière qu'une solution adéquate puisse être trouvée pour chacun d'entre eux. Il est possible d'agir de façon responsable seulement dans le cas où l'on dispose de suffisamment d'informations. Pour garantir le droit à l'information, le président du CA doit veiller à ce que les personnes tenues de fournir des renseignements soient présentes à la séance et qu'elles puissent être interrogées [32]. Dans le but de déterminer les documents qui sont exigés et les réponses qui doivent être apportées, il est recommandé de tenir un procès-verbal détaillé sur ces questions. En cas de refus de fournir les informations demandées, pour éviter tout risque d'engager sa responsabilité, l'administrateur concerné doit absolument exiger que le refus soit consigné au procès-verbal, et ce à des fins de preuve [33].

4.3 La conduite des séances du CA. La conduite des séances du CA incombe au président. Ce dernier est toutefois libre d'en déléguer la tâche à un autre membre du CA, en particulier en cas de conflit d'intérêts. En allemand, il existe la distinction subtile entre «*der VR-Präsident*» (le président du CA) et «*der Vorsitzende*» (signifiant littéralement «celui qui siège devant les autres»); ainsi, la deuxième dénomination correspond également au rôle de celui qui conduit les séances du CA [34]. Or, en cas d'absence du président du CA, la conduite de la séance est assumée par un autre administrateur. Dès lors, de manière à éviter des discussions inutiles sur la désignation de la personne chargée de diriger la séance («*Vor-*

sitzende»), il convient de nommer un vice-président et de l'inscrire au RC [35].

En début de séance, il est important de commencer par une introduction, dans le but de présenter les points à l'ordre du jour et de décrire la situation initiale. La question d'un éventuel conflit d'intérêts se pose alors [36]. D'après la loi, la personne responsable de la séance n'est pas traitée différemment des autres membres du CA dans la suite des délibérations. C'est uniquement lors du vote que sa voix est prépondérante, conformément à l'art. 713 al. 1 CO [37].

Après avoir présenté la situation initiale et résumé la conclusion des débats, la personne en charge de la conduite de la séance doit s'assurer que tous les administrateurs soient informés des mesures à prendre par la suite (prendre seulement connaissance des informations discutées ou prendre une décision).

5. PROCESSUS DE PRISE DE DÉCISION

5.1 Compétence décisionnelle et quorums dans les séances du CA. La présomption générale de compétence de l'art. 716 al. 1 CO en faveur du CA implique qu'il peut prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée générale par la loi ou les statuts. S'il peut certes déléguer certaines de ses tâches, le CA en tant qu'organe demeure seul garant de certaines attributions importantes qui sont intransmissibles et inaliénables [38]. Le devoir de l'administrateur en tant que membre individuel du CA est de prendre part aux séances et de donner sa voix en cas de vote [39]. À la différence d'une absence non excusée, il est peu probable qu'une abstention sans fondement puisse entraîner une responsabilité civile, même si cette hypothèse reste théoriquement possible et qu'elle est prônée dans la littérature [40].

Lors des séances du CA, chaque administrateur n'a en principe qu'une seule voix, indépendamment du nombre d'actions qu'il détient. La voix prépondérante du président prévue par l'art. 713 al. 1 CO constitue une exception, dans la mesure où les statuts n'en disposent pas autrement. Cet ancrage légal doit mettre un terme à l'opinion si souvent exprimée catégoriquement selon laquelle le droit de vote privilégié au CA devrait être rejeté [41].

D'après l'art. 713 al. 1 CO, les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité relative, c'est-à-dire à la majorité des voix valablement exprimées [42]. Lorsque le processus aboutit à une égalité des voix, il faut alors appliquer la règle de l'art. 713 al. 2, 2^e phrase CO selon laquelle la voix du président ou de la personne chargée de diriger la séance du CA est prépondérante (au sens de «*Président de séance*» et non pas nécessairement le «*Président du CA*») [43]. La voix prépondérante est un moyen adéquat permettant de sortir d'une impasse causée par une égalité des voix [44]. En cas de circonstances particulières, la voix prépondérante du président peut être aisément supprimée par les statuts ou le règlement d'organisation. En remplacement, il est envisageable de procéder par tirage au sort. Étant donné l'importance des décisions prises par le CA, de tels «générateurs aléatoires» sont à éviter.

On peut s'interroger sur l'introduction d'une règle prescrivant que les décisions du CA soient prises à une majorité

qualifiée, risquant ainsi de faire échouer certaines décisions [45]. Or, puisque la loi ne l'interdit pas, il est tout à fait admissible que les statuts ou le règlement d'organisation contiennent de telles règles de quorum [46].

5.2 Représentation aux séances du CA. La genèse du droit suisse des sociétés anonymes [47], mais également la nécessité d'échanger des arguments personnels au cours des séances [48] sont deux éléments qui s'opposent à la possibilité de se faire représenter au conseil d'administration. La majorité de la doctrine est ainsi d'avis que la possibilité de se faire représenter doit être refusée [49]. Jusqu'ici, le Tribunal fédéral a uniquement jugé que la représentation aux séances du CA n'était pas possible, sous réserve d'une disposition contraire dans les statuts. Il a laissé ouverte la question de la légalité d'une telle disposition statutaire [50].

Il ne fait aucun doute que la nature du mandat de membre du CA est intimement liée à la personne choisie par l'AG. Dès lors, lorsque les statuts autorisent une représentation, le représentant doit être désigné parmi les autres membres du CA, lesquels jouissent de la confiance de l'AG. En outre, la possibilité de représentation doit rester limitée et ne se justifier que pour des raisons impérieuses, comme la maladie, un accident ou l'accomplissement d'une obligation légale.

Il existe plusieurs sociétés suisses cotées en bourse dont les statuts prévoient la possibilité de représentation au sein du CA. Dans le droit des sociétés anonymes, les préposés au registre du commerce considèrent qu'il est permis de prévoir dans les statuts l'habilitation de représentation d'un administrateur par un autre lors d'une séance du CA [51].

Nous rejoignons l'opinion selon laquelle, pour des raisons impérieuses, un administrateur peut se faire représenter lors d'une séance par un membre du CA, dans la mesure où les statuts prévoient expressément non seulement un tel droit de représentation, mais également un droit de vote privilégié [52].

Le vote par correspondance adressé au président n'est toutefois pas autorisé. Il existe un consensus au sein de la doctrine et de la jurisprudence sur cette question. Lorsqu'il est question de prendre une décision selon la forme écrite, elle doit respecter la forme de la décision par voie de circulation telle qu'elle est prévue par la loi. Or, le vote par correspondance ne correspond absolument pas aux prescriptions légales de la décision par voie de circulation [53].

5.3 La récusation. Au niveau de la direction stratégique de l'entreprise, on rencontre souvent des situations pouvant générer des conflits d'intérêts. Par conséquent, il est fondamental que les statuts ou le règlement d'organisation contiennent des règles expresses concernant les cas de récusation. Cependant, en pratique, force est de constater que les entreprises prévoyant des règles claires sur cette question sont rares.

Les transactions d'initiés représentent une forme particulière de conflit d'intérêts. On parle de transactions d'initiés lorsqu'un membre du CA conclut une transaction en son nom, ainsi qu'au nom de la société, pour son propre intérêt. Or, si lors de la conclusion d'un contrat, la société est représentée par la personne avec laquelle elle conclut un contrat, celui-ci

doit être passé en la forme écrite. Cette exigence ne s'applique toutefois pas aux opérations courantes pour lesquelles la prestation de la société ne dépasse pas 1000 francs [54].

5.4 La décision par voie de circulation. La décision par voie de circulation constitue une forme particulière de processus décisionnel [55]. Sa caractéristique principale est de permettre qu'une décision soit prise, sans que la présence des administrateurs ou que des délibérations sur les points portés à l'ordre du jour ne soient requises. Il convient toutefois de noter qu'une pratique systématique de la décision par voie de circulation en guise de processus décisionnel ne correspond ni au sens, ni au but du conseil d'administration en tant qu'institution. Au contraire, il s'agit d'évaluer les arguments pour et contre, de manière à se faire sa propre opinion et parvenir à une décision équilibrée. La décision par voie de circulation se prête de préférence aux affaires courantes, ainsi qu'aux cas devant être résolus de manière urgente [56].

D'après l'art. 713 al. 2 CO, les décisions par voie de circulation sont autorisées, à la condition qu'aucun administrateur ne requière une délibération orale. En revanche, il n'est pas nécessaire que tous les membres du CA soient d'accord avec la décision ou même qu'ils expriment leur vote [57].

C'est pourquoi il est également conseillé d'inscrire dans le règlement d'organisation la forme et la procédure d'une décision par voie de circulation, de façon à garantir une procédure uniforme.

Une décision par voie de circulation doit toujours être consignée dans le procès-verbal de la séance suivante. La simple inscription attestant qu'aucun membre du CA n'a exigé de délibération orale est suffisante. Dans le même temps, les administrateurs doivent être informés de ladite décision et de la répartition des voix. En raison des coûts qu'elle engendre, il est conseillé de faire preuve d'une grande retenue quant à l'application de la procédure de décision par voie de circulation.

6. LA TENUE DU PROCÈS-VERBAL

6.1 La nécessité de tenir un procès-verbal. Les délibérations ainsi que les décisions du conseil d'administrations doivent être consignées dans un procès-verbal signé par le président et le secrétaire [58]. La loi ne fait pas mention d'un «rédacteur du procès-verbal» mais du «secrétaire». Une telle appellation a pour but d'exprimer que la tenue du procès-verbal n'est pas la seule attribution du secrétaire, qui peut aussi s'occuper des tâches administratives du conseil d'administration [59]. Il n'est pas obligatoire que le secrétaire soit lui-même un membre du CA. Il convient de noter que si la tenue du procès-verbal est confiée à un tiers, tous les administrateurs sont libres de se consacrer entièrement aux questions posées et ne sont pas distraits par des obligations annexes.

La tenue du procès-verbal est une tâche considérable dont l'importance ne doit pas être sous-estimée. Le procès-verbal du CA a valeur d'acte au sens du droit pénal, c'est-à-dire qu'il revêt une importance cruciale dans les procédures judiciaires en responsabilité civile ou pénale [60]. La seule conformité aux prescriptions légales ne doit pas être la finalité de la tenue des procès-verbaux. En effet, ces derniers permettent

avant tout d'avoir un contrôle sur les décisions prises et sur leur mise en œuvre. Enfin, les procès-verbaux peuvent être consultés de manière à pouvoir retracer les motifs et les arguments sur lesquels s'est basé le CA pour prendre certaines décisions. Ceci contribue de manière déterminante à clarifier des questions portant sur la responsabilité des administrateurs [61]. Il est dès lors important que non seulement les décisions du CA soient portées au procès-verbal, mais également les opinions divergentes, les protestations, etc. Puisque les actions en responsabilité portent souvent sur des sommes importantes, il est préférable pour chaque administrateur d'avoir ses éventuelles réserves consignées dans le procès-verbal; il s'agit en effet d'une preuve concourant à la défense en cas d'action en responsabilité.

6.2 Le rédacteur du procès-verbal. Dans les petites entreprises, la tenue du procès-verbal est souvent confiée à l'un des membres du CA. À première vue, cette solution semble ne présenter que des avantages. En effet, la compétence du rédacteur du procès-verbal est garantie, la charge en personnel reste moindre et la confidentialité des informations (lorsqu'elle est nécessaire) est mieux préservée. Toutefois, cette solution comporte deux inconvénients majeurs: d'une part, l'administrateur concerné doit se concentrer en parallèle sur la tenue du procès-verbal et perd une grande partie de sa capacité à participer activement aux discussions et délibérations; d'autre part, son statut d'administrateur sera en quelque sorte diminué. En outre, le secrétaire du CA doit consigner les délibérations et les décisions prises lors de la séance de manière neutre et conforme aux faits. Mais lorsqu'il prend part activement aux discussions et aux délibérations, il doit se forger sa propre opinion et la défendre. Ainsi, force est de constater qu'il existe le risque latent que la tenue du procès-verbal soit imprégnée d'éléments partiels et subjectifs.

Dans la mesure du possible, le cumul des mandats de secrétaire du CA et d'administrateur doit être évité. Le président ne doit en aucun cas être chargé de la tenue du procès-verbal. Cette règle découle indirectement de l'art. 713 al. 3 CO selon lequel le procès-verbal est signé par le président et le secrétaire, excluant ainsi la possibilité de confier cette tâche au président. Même dans les SA à actionnaire unique, un secrétaire distinct doit être désigné [62].

6.3 Forme du procès-verbal. Dans le Code des obligations, il n'existe aucune prescription relative à la forme que doit revêtir le procès-verbal. Ainsi, le conseil d'administration est en principe libre quant à sa mise en œuvre concrète. Il est recommandé d'arrêter des directives, par exemple dans le règlement d'organisation et de gestion, concernant les modalités d'un changement dans la façon de tenir le procès-verbal. De cette manière, il est possible de garantir une continuité dans la conception et l'établissement des procès-verbaux.

Bien qu'au moment de la rédaction définitive du procès-verbal, la séance soit déjà terminée, il est recommandé d'utiliser la forme du présent. Les éventuels événements ou les nouveaux faits connus entre la séance et la mise par écrit ne doivent être mentionnés que lorsqu'une réserve correspon-

dante avait été émise lors de la dernière séance. En tout état de cause, il y a de nombreux avantages à établir et distribuer le procès-verbal définitif rapidement après la séance.

Conformément à l'art. 713 al. 3 CO, le procès-verbal doit être signé par le président et le secrétaire. Aucune autre signature n'est nécessaire, d'autant plus que le procès-verbal sera passé en revue lors de la prochaine séance. Au moins un exemplaire original du procès-verbal doit être conservé au siège de la société. Les autres exemplaires peuvent être établis sous forme de copie.

6.4 Le contenu du procès-verbal. La loi ne se prononce pas sur le contenu, ni sur la présentation formelle du procès-verbal. Toutes les variantes sont donc autorisées, pour autant qu'elles permettent de retracer la formation de la volonté commune et la prise des décisions [63]. Les décisions par voie de circulation doivent également être consignées dans le procès-verbal [64]. En pratique, on distingue trois types de procès-verbaux:

Dans le *procès-verbal intégral (ou verbatim)* [65], chaque intervention est transcrite mot-à-mot; la condition préalable étant toutefois de disposer d'un moyen adéquat tel que la sténographie, l'enregistrement sur bande audio ou vidéo, etc. Ce mode de rédaction n'est nécessaire que dans des situations particulièrement critiques, puisque la densité du contenu rend la vue d'ensemble difficile.

Dans le *procès-verbal de délibérations (ou de négociations)* [66], seules les interventions importantes sont rassemblées et transcrites.

Dans le *procès-verbal de décisions* [67], on renonce à consigner l'ensemble des débats et l'on ne rédige que les décisions.

Quelle que soit la forme du procès-verbal, sa fonction première est d'enregistrer toutes les décisions finales telles qu'elles ont été adoptées par le CA. Sauf décision contraire des participants à la séance, on rédigera un procès-verbal de délibérations [68]. Selon la nécessité, les délibérations sont transcrites de manière détaillée, synthétisées, voire ignorées. Ainsi, le procès-verbal peut être succinct, tout en étant rédigé de manière éloquente.

Dans la pratique, il s'avère avantageux d'établir une liste des absents, avec mention éventuelle des justifications. Ce procédé permet de clarifier qui était convoqué à la séance et aurait ainsi eu la possibilité de participer. À cet égard, il convient de rappeler la forme et la date de la convocation.

Lors de la séance suivante, le procès-verbal portant sur la dernière séance du CA doit être discuté, pour déterminer s'il est accepté ou refusé. Lorsque les éventuelles corrections, modifications, radiations et ajouts ont été consignés dans le nouveau procès-verbal, celui-ci satisfait alors aux exigences de l'art. 713 al. 3 CO [69].

7. LE DEGRÉ DE CONFIDENTIALITÉ DES SÉANCES

7.1 L'introduction. Le devoir de confidentialité s'applique à tous les administrateurs, elle est un pendant du droit à l'in-

Tableau: **PARTICIPANTS À LA SÉANCE DU CA, SELON CHAQUE PARTIE**

Partie de la séance	Participants à la séance			
	Conseil d'administration au complet	Secrétaire du CA	Direction générale	Invités
Partie ouverte de la séance	oui	oui	oui	oui
Partie interne de la séance	oui	oui	non**	non
Partie fermée de la séance (huis clos)	oui	non*	non**	non

* Etant donné que le secrétaire du CA, resp. le secrétaire du CA n'est pas présent lors de la partie fermée de la séance, aucun procès-verbal n'est rédigé pour cette partie-là de la séance.

** Lorsque qu'un membre de la Direction générale est simultanément Membre du Conseil d'Administration, il est alors aussi présent à cette partie de la séance. En effet, tout membre du CA a le droit et l'obligation de participer aux séances du CA [71].

formation. Le CA est amené à aborder de nombreux sujets qui requièrent le secret des affaires (concurrence, propriété intellectuelle).

Lors d'une séance du CA, on peut distinguer trois degrés de confidentialité:

- La partie ouverte de la séance du CA
- La partie interne de la séance du CA
- La partie fermée de la séance du CA

Ces trois manières de faire peuvent parfaitement être combinées lors d'une seule et même séance du CA. Le *tableau* donne un aperçu des participants présents selon la partie de la séance concernée.

7.2 La partie ouverte de la séance du CA. Lors de la partie «normale» ou «ouverte» de la séance du CA, tous les membres du CA et le Secrétaire du CA y participent, de même qu'en principe le CEO également. Que le CEO et le secrétaire soient membres du CA ou non ne joue ici aucun rôle. Selon les besoins, il est aussi possible d'inviter et autoriser d'autres membres de la Direction générale (p. ex. CFO ou COO) ou des invités (p. ex. des experts, consultants, etc.) à prendre part à la séance. Leur participation n'est cependant possible que si la majorité des membres du CA l'approuvent.

Le procès-verbal de cette partie de la séance du CA est envoyé, sans restriction, à tous les membres du CA, au secrétaire du CA et aux membres de la Direction générale. Les invités ne reçoivent, en principe, pas de procès-verbal ou au mieux un extrait du procès-verbal relatif à la partie où ils étaient présents.

7.3 La partie interne de la séance du CA. Seuls les membres ordinaires du CA et le secrétaire du CA prennent part à la partie interne de la séance du CA. On exclut ici tous les membres de la DG qui ne sont pas en même temps membres du CA. Les invités ne sont généralement pas non plus autorisés lors de la partie interne de la séance du CA.

Le secrétaire du CA rédige le procès-verbal et la liste des suspens de façon habituelle. Le procès-verbal, rédigé de façon normale et complète, permettra d'apporter la preuve du chemin de décision emprunté et de satisfaire pleinement à l'exigence de la «Business Judgement Rule». En cas d'action en justice à l'encontre de la société ou de l'un de ses administra-

teurs, le juge pourra constater que la décision a été prise selon ce que l'on peut attendre du jugement d'un homme d'affaires avisé.

Seuls les membres du CA reçoivent le procès-verbal relatif à la partie interne de la séance du CA. Si un CEO n'est pas membre du CA, cette partie du procès-verbal ne lui sera pas envoyée; il ne reçoit ainsi qu'un extrait du procès-verbal couvrant les autres points à l'ordre du jour.

L'avantage de la partie interne de la séance consiste à permettre au CA de discuter entre eux et donc sans la Direction générale (excepté les membres de la DG qui sont en même temps membres du CA). Si chaque séance du CA est suivie par une partie interne, les membres de la DG ne sont pas amenés à penser que le CA ne discute que de la Direction générale. Au contraire, d'autres thèmes tels qu'une évaluation de la séance ou la planification de la relève peuvent être abordés.

Un défi particulier de la partie interne de la séance du CA est la liste des points en suspens. Si lors de cette partie, le CA prend des décisions générant un point en suspens et que ce point doit être traité par le CEO, ce dernier ne dispose souvent pas des informations de contexte. Il vaut alors la peine que le Président du CA explique de tels points au CEO par la suite.

Le moment retenu pour une séance interne du CA est généralement à la fin et sera inscrit comme dernier point à l'ordre du jour. Il est préférable de le placer à la fin, ce qui permet au président du CA de libérer le CEO qui peut alors disposer de son temps. La séance interne du CA devrait être inscrite à chaque séance à l'ordre du jour, indépendamment du besoin du CA d'y recourir ou non. La possibilité offerte au CA de délibérer devient ainsi une partie intégrante et habituelle des séances, acceptée et connue tant du CA que du CEO.

7.4 Le huis clos: la partie fermée de la séance du CA. La partie fermée d'une séance du CA est souvent désignée comme un huis clos». Le huis clos fait référence à la pièce de théâtre de Jean-Paul Sartre, écrite fin 1943. Ce terme est souvent utilisé pour qualifier une rencontre «en l'absence de tout public» ou «à porte close». Dans la pratique juridique suisse, le huis clos existe en droit civil, droit pénal et en droit administratif. En matière de procédure civile, le juge peut prononcer le huis clos total ou partiel si l'intérêt public ou un intérêt important de l'une des parties l'exige [72]. En matière

pénale, l'accusé est généralement tenu d'assister à son procès, sauf si la cour l'en dispense; notamment le Tribunal peut décider de délibérer à huis clos pour protéger sa personnalité ou tenir compte de son état de santé [73]. En droit pénal, bien que le huis clos soit un outil fréquemment utilisé par les tribunaux, l'exclusion du public des débats réduit la fonction de contrôle, tandis que la transparence des débats offre une meilleure garantie de l'application du droit [74]. Finalement, en droit administratif, le Canton de Genève prévoit la possibilité que des institutions conduisent leurs débats à huis clos, lorsque «les délibérations et votes doivent rester secrets». Ceci s'applique, par exemple au Grand Conseil, lors de demandes en grâce de mineurs, ou de demandes de levée d'immunité [75].

En droit des sociétés, le huis clos est rarement mentionné dans les ouvrages, mais largement répandu dans la pratique des CA. Le CA participe mais ni le CEO, ni d'autres membres de la direction, ni le secrétaire du CA ne sont invités. Si le CEO est membre du CA, il est alors invité de par sa qualité de membre du CA. Dans ce type de séance, aucune décision ne peut être prise. Le secrétaire du CA étant absent, aucun procès-verbal n'est donc dressé. L'objectif est ici de pouvoir délibérer en toute liberté mais sans prendre de décision ayant un effet juridique.

La séance à huis clos devrait être une exception et non la norme. Sa généralisation péjorerait la relation entre la Direction et le CA, réduirait la transparence, et peut détériorer la qualité des décisions du CA: le CEO n'étant pas invité, l'échange d'informations vital entre la Direction et le CA s'en trouve grandement diminué, de nombreuses délibérations seraient conduites sans procès-verbal, ni décisions ayant un effet juridique. À l'inverse, une vraie confiance témoignée au CEO et au secrétaire du CA permet de les inclure dans la très grande majorité des séances et de favoriser une culture de la transparence au sein du CA.

Si le CA souhaite régulièrement délibérer sans la présence du CEO, alors le CA doit demander à l'Assemblée générale de démettre le CEO de sa qualité de membre du CA, ce qui n'est vraisemblablement pas chose aisée. Le désavantage est qu'un CEO non-membre du CA n'est pas aussi pleinement impliqué, tandis qu'un CEO membre du CA est solidairement responsable des décisions du CA. Ainsi, à notre sens, il est préférable que le CEO soit membre du CA, même si cela restreint grandement les possibilités de huis clos; le huis clos, sans présence du CEO, ne sera alors possible que lorsqu'un conflit d'intérêts requiert qu'il ne soit pas présent. (p. ex. lors de la discussion de la rémunération du CEO).

7.5 Combinaison de plusieurs types de séance. Dans la pratique suisse alémanique, tant la séance interne que la séance à huis clos du CA sont souvent nommées «privatisimo». Ce terme n'étant pas un terme juridique, il peut être utilisé par les praticiens pour désigner toute séance ayant un caractère privé distinct des séances normales. Ce type de séance peut être organisé avant ou après la séance normale du CA, selon le besoin. Pour les raisons évoquées précédemment, il est préférable de le faire après, lorsque c'est possible.

Lors d'une séance du CA, il est possible de combiner les

trois types de séances le même jour, afin de traiter divers objets requérant divers niveaux de confidentialité, par exemple:

A l'issue d'une séance normale du CA de 3,5 heures, le président remercie le CEO et le libère.

Le président ouvre la séance interne du CA, prévue à l'ordre du jour avec 15 minutes à disposition. Pendant la séance interne, un membre du CA demande qu'un huis clos soit organisé sur un thème donné. A l'issue de la séance interne, le président remercie le secrétaire et le libère.

Le président ouvre la séance à huis clos du CA et la conclut à l'issue de 45 minutes de discussion.

7.6 Les avantages et les inconvénients. La séance interne du CA a comme avantage, lorsque le CEO n'est pas membre du CA, d'être systématiquement incluse à l'ordre du jour et de devenir une routine; le CEO n'est ainsi pas surpris et le CA sait qu'il peut librement disposer de cet espace de discussion chaque fois qu'il le souhaite. Le désavantage est le supplément de travail que cela représente, tant pour le conseil qui prévoit un temps supplémentaire que pour le secrétaire qui rédige une version abrégée du procès-verbal à l'intention du CEO.

La séance à huis clos du CA donne toute liberté au CA de débattre de thèmes sensibles en toute discrétion. Elle présente les désavantages d'une exclusion du CEO, une méfiance envers le secrétaire, l'absence de procès-verbal et l'impossibilité de prendre une décision avec effet juridique.

Le huis clos est un outil efficace que le CA peut choisir afin de protéger des intérêts prépondérants de l'entreprise, lorsqu'il estime que la divulgation des délibérations hors du CA nuirait à ces intérêts. Le nécessité de maintien du secret exclut alors la présence de toute personne extérieure au CA.

Dans la situation précise considérée, le CA devra faire une pesée d'intérêts en tenant compte des avantages et inconvénients du huis clos. Il évaluera notamment, d'un côté les avantages de la transparence dans le tandem constitué par le CA et la Direction générale, et le besoin de pouvoir aborder un thème délicat dans la confidentialité. ■

Notes: 1) C'est le cas pour 45% des sociétés anonymes; voir, à ce sujet, les résultats de l'étude dans Roland Müller, *Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer*, Zurich, 2005, 103, graphique n° 7. 2) Lorsque cela s'avère opportun, nous reprenons les explications correspondantes figurant dans Müller/Lipp/Plüss, *Der Verwaltungsrat*, 4^e éd., Zurich 2014, 101s., 109ss., 140ss., 263ss. et 847ss. 3) Plus généralement sur ce point Rolf Felix Wunderer, *Der Verwaltungsrats-Präsident*, SSHW vol. 163, Zurich 1995, et plus concrètement Rolf Dubs, *Verwaltungsrats-Sitzung, Reihe VR-und GL-Praxis*, 2^e éd., Haupt 2012, 23ss. 4) Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 28 n° 68; Adrian Plüss, *Die Rechtsstellung des VR-Mitgliedes*, SSHW vol. 130, Zurich 1990, 38. 5) Economiesuisse, *Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise*, 2014. 6) V. le modèle figurant dans Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 118ss. 7) V. le modèle figurant dans Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 1123ss. 8) Sur la coopération entre le président et le secrétaire du CA, V. Roland Müller, *Die Rolle von VR-Präsident und VR-Sekretär*, contribution dans *NZZ-Magazin: Verwaltungsrat – New Corporate Governance*, Martin Hilb (éd.), Scorecard, Zurich 2008, 19. 9) V. Eric Homburger, *Der Verwaltungsrat*, in *Zürcher Kommentar*, vol. V/5/b, Zurich 1997, n° 433 et 435 concernant l'art. 715 CO; Martin Wernli, *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 5. Ed., Bâle 2016, n° 4 concernant l'art. 715 CO; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 31 n° 6. 10) Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 112s. 11) Dans un arrêt surprenant (un arrêt non publié du 23 novembre 1976), le Président du tribunal cantonal de Zoug a admis une action intentée contre un président de CA négligent. À titre supplétif, le juge avait alors lui-même convoqué les membres du CA à une séance. Le droit de chaque administrateur de pouvoir convoquer une séance ne peut pas être restreint par les statuts ou le règlement d'organisation (comme lorsque ce droit ne peut être exercé que par une minorité qualifiée); V. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich 2009 § 13 n° 115 d. 12) Economiesuisse, *Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise*, 2014. 13) V. également Jean Nicolas Druey, *Die materiellen Grundlagen der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates*, dans: *Die Verantwortlichkeit der Verwaltung nach neuem Aktienrecht*, Fribourg 1993, 121, avec la mention qu'il doit s'agir de séances bien préparées; même les récentes recommandations du Center for Corporate Governance (www.icfcg.org) dans le *Code of Best Practice im KMU (BP-KMU)*, St-Gall 2014, conseillent aux PME de tenir au moins quatre séances du CA par année (en rapport avec le chiffre 2.5 du règlement d'organisation). 14) V. le modèle figurant dans Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 862ss. 15) Sur les mesures nécessaires dans de telles situations, V. Roland Müller, *Der Verwaltungsrat in Krisensituationen*, in: *Der Treuhandexperte*, éd. spéciale 1996, 8ss. 16) V. le modèle figurant dans Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 953ss. 17) La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point; V. Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 141. 18) V. le modèle figurant dans Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 1171ss. 19) Brigitte Tanner, *Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft*, SSHW vol. 100, Zurich 1987, § 8 note 137. 20) Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 110 (nullité de déci-

sion); V. également Homburger, *Zürcher Kommentar*, op. cit., n° 366 concernant l'art. 714 CO; Wernli, *Basler Kommentar*, op. cit., n° 5 concernant l'art. 713 CO; Böckli, *Aktienrecht*, op. cit., § 13 n° 275. 21) V. Bosshart/Brunner, *Sitzungen leiten – praktisch*, Bâle 1988, 43; même lorsque l'ordre du jour n'est pas dressé par écrit, le président est supposé l'avoir en tête. Pour des informations détaillées sur l'ordre du jour: Dubs, op. cit., 25ss. 22) V. le modèle figurant dans Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 847ss.; V. également Dubs, op. cit., 22. 23) Par analogie avec Dubs, op. cit., 25ss. 24) V. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 28 n° 68; Plüss, op. cit., 34, avec d'autres références. Cette obligation est souvent expressément mentionnée dans les statuts ou dans le règlement d'organisation. 25) C'est une décision par voie de circulation selon l'art. 713 al. 2 CO. 26) En raison du droit du CA à pouvoir s'organiser de manière autonome, mais plus dans les statuts; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 31 note 12, § 30 n° 66. 27) V. sur ce sujet le modèle de règlement d'organisation figurant dans Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 953ss. 28) Art. 713 al. 1 CO. 29) Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 264. 30) Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 265; dans le même sens Emil Schucany, *Verantwortlichkeit wegen Absenz und Stimmhaltung im Verwaltungsrat*, in *SJZ* 60 1964 229. 31) Art. 715 a al. 2 CO; V. sur l'ensemble Böckli, *Aktienrecht*, op. cit., § 13 n° 198ss.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 28 n° 98; Wernli, *Basler Kommentar*, op. cit., n° 6ss. concernant l'art. 715 a CO. 32) Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 99. 33) Au besoin, l'administrateur concerné doit même demander la rectification du procès-verbal; pour une explication détaillée sur ce sujet Roland Müller, *Protokollführung und Protokollauswertung*, 2^e éd., Zurich 2009, 65s. 34) D'ailleurs, dans sa version allemande, l'art. 713 al. 1 CO en lien avec la voix prépondérante du président lors de la prise de décision le désigne expressément comme «Vorsitzende» (V. 713 al. 1 CO). Pareille distinction n'existe pas dans la version française. 35) Le Code of Best Practice im KMU (BP-KMU), op. cit., ch. 1.5, contient une recommandation expresse dans ce sens. 36) Sur le devoir de récusation, V. ci-après V.3 37) Pour une explication sur une meilleure efficacité des séances: Bosshart/Brunner, op. cit., 18ss. Pour une explication détaillée des techniques de conduite des séances par le président du CA: Dubs, op. cit., 45ss. 38) Du moins les attributions figurant dans la liste de l'art. 716 a CO. 39) V. également Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 28 n° 68; Homburger, *Zürcher Kommentar*, op. cit., n° 813 concernant l'art. 717 CO pour plus d'informations, Plüss, op. cit., 33ss. 40) V. Schucany, op. cit., 229ss. 41) Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 31 n° 29. 42) Böckli, op. cit., § 13 n° 118. 43) Pour le calcul de la majorité lorsqu'il s'agit de décisions par voie de circulation, V. Böckli, op. cit., § 13 n° 140. 44) Pour une autre opinion, V. Marc-Antoine Schaub, *Droit des sociétés anonymes: Quelle majorité au conseil d'administration?*, in *SJZ* 82 1986 160ss., lequel porte un regard critique envers la voix prépondérante du président et recommande un quorum basé sur la présence et inscrit dans les statuts. 45) Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 31 note 19. 46) V. le modèle de règlement d'organisation figurant dans Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 953ss. 47) V. Plüss, op. cit., 84, en lien avec le rap-

port de révision de 1991, lequel prévoyait expressément la possibilité de prévoir dans les statuts une habilitation autorisant la représentation d'un administrateur. 48) V. Böckli, op. cit., § 13 n° 128ss.; et Plüss, op. cit., 85; d'un autre avis Martin Weber, *Vertretung im Verwaltungsrat, Qualifikation – Zulässigkeit – Schranken*, SSHW vol. 155, Zurich 1994, 91ss. 49) V. Bürgi, op. cit., n° 40 concernant l'art. 708 CO; Emil Schucany, *Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht*, 2^e éd., Zurich 1960, n° 1 concernant l'art. 707 CO; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 31 n° 33ss.; Böckli, op. cit., § 13 n° 129; Homburger, op. cit., *Zürcher Kommentar*, n° 34ss. concernant l'art. 707 CO; Plüss, op. cit., 84; avec certaines restrictions, V. Wernli, *Basler Kommentar*, op. cit., n° 10 concernant l'art. 713 CO. D'une autre opinion, V. Weber, op. cit., 169ss., et expressément, V. Markus Trottmann, *Können die Statuten einer Aktiengesellschaft vorsehen, dass sich ein Verwaltungsrat bei der Beschlussfassung des Rates durch ein anderes Ratsmitglied vertreten lassen kann?*, in *Jahrbuch des Handelsregisters* 1993, Zurich 1993, 54. 50) ATF 71 II 279 51) Pour plus de détails, V. Trottmann op. cit., 54, avec l'indication que chaque assemblée générale doit elle-même décider de quelle manière elle souhaite organiser le conseil d'administration dans son rôle d'organe consultatif. 52) Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 141ss. 53) Ebenso Böckli, op. cit., § 13, n° 132. 54) Art. 718 b CO. 55) Sur ce sujet, V. le modèle figurant dans Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 663ss. 56) Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 226ss. 57) Dans ce contexte, le silence d'un administrateur ne peut être considéré comme un consentement; Böckli, op. cit., § 13 note 132ss. 58) Art. 713 al. 3 CO: même les «séances» d'un CA composé d'un administrateur unique doivent être consignées dans un procès-verbal, Homburger, op. cit., *Zürcher Kommentar*, n° 340 concernant l'art. 713 CO; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 31 n° 17; Wernli, op. cit., *Basler Kommentar*, n° 29 concernant l'art. 713 CO; Böckli, op. cit., § 13 n° 148ss. 59) V. Message du Conseil fédéral concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983, FF 1983 II 946. 60) Müller, op. cit., 61ss. 61) V. Homburger, op. cit., *Zürcher Kommentar*, n° 840 concernant l'art. 713 CO; Wernli, op. cit., *Basler Kommentar*, n° 25 concernant l'art. 713 CO. 62) Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 84ss. 63) V. Homburger, op. cit., *Zürcher Kommentar*, n° 339 concernant l'art. 713 CO; Böckli, op. cit., § 13, n° 149ss. 64) ATF 1983 II 947. 65) En allemand «Wortprotokoll»; V. Müller, op. cit., 20. 66) En allemand, il est désigné comme «Beratungsprotokoll», «Diskussionsprotokoll» ou «Verhandlungsprotokoll»; V. Müller, op. cit., 20. 67) En allemand «Beschlussprotokoll»; V. Müller, op. cit., 20. 68) V. sur ce sujet Bosshart/Brunner, op. cit. 28ss. et Roland Müller, *Protokollführung und Protokollauswertung*, op. cit., 23ss., avec des indications détaillées sur les procédures concrètes en vue d'établir un procès-verbal. 69) Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 272. 70) Müller/Lipp/Plüss, op. cit., 109ss et 264ss. 71) F. Hohl, *Procédure civile Tome I – Introduction et théorie générale*, 2. Aufl., Berne, 2016. 72) ZStR 134/2016 S. 464, 467 73) V. Laube, *Zu Tendenzen der schnellen Verfahrenserledigung*, Zurich, 2016. 74) Art. 7 LIPAD (la Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles).

«Lorsque le CA n'est constitué que d'un seul membre, la direction de la société peut en principe être assurée sans séances du CA, et donc sans qu'un procès-verbal ne soit dressé.»

«Dans le droit suisse des sociétés anonymes, le conseil d'administration est conçu comme un organe qui agit et qui prend des décisions.»

«Si l'un des membres du CA demande, de manière conforme aux exigences légales, une convocation immédiate du CA à une séance, le président a l'obligation de répondre sans délai à cette demande.»

«La participation aux séances reste avant tout une obligation de l'administrateur, lequel a été choisi par l'assemblée générale en raison de ses qualités particulières ou de ses relations.»

«La présomption générale de compétence de l'art. 716 al. 1 CO en faveur du CA implique qu'il peut prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée générale par la loi ou les statuts.»

«Lors de l'établissement de l'ordre du jour, il convient d'avoir les deux questions suivantes à l'esprit: ce point doit-il réellement être mis à l'ordre du jour ou peut-il être réglé d'une autre manière.»

«D'après l'art. 713 al. 1 CO, les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité relative, c'est-à-dire à la majorité des voix valablement exprimées.»

«Dans le Code des obligations, il n'existe aucune prescription relative à la forme que doit revêtir le procès-verbal. Ainsi, le conseil d'administration est en principe libre quant à sa mise en œuvre concrète.»

«Quelle que soit la forme du procès-verbal, sa fonction première est d'enregistrer toutes les décisions finales telles qu'elles ont été adoptées par le CA.»

«En droit des sociétés, le huis clos est rarement mentionné dans les ouvrages, mais largement répandu dans la pratique des CA.»