

# LES DÉCISIONS PAR VOIE DE CIRCULATION DES GÉRANTS DANS UNE SÀRL

## Quelques principes

**En règle générale, les décisions des gérants sont prises lors de séances, par voie de délibération. En pratique, il arrive cependant régulièrement que les gérants prennent leurs décisions par écrit, par voie de circulation. Même si cette forme de prise de décision permet une grande flexibilité quant à sa mise en œuvre, elle n'en reste pas moins soumise à certains principes.**

### 1. INTRODUCTION

Les gérants sont responsables de la haute direction, de l'organisation et de la gestion de la société. Ils sont compétents pour toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée des associés par la loi ou les statuts. Cependant, les décisions qui ne sont pas de la compétence de l'assemblée des associés ne sont pas toutes automatiquement de la compétence des gérants. Les décisions mineures, qui ont été désignées comme telles dans les statuts, ou les décisions mineures par nature (décisions se fondant sur une décision existante des gérants et qui ne font que l'exécuter en respectant un cadre donné) ne doivent pas nécessairement être prises collectivement par les gérants. Ces décisions mineures peuvent faire l'objet d'une délégation à un ou plusieurs gérants qui peuvent agir seuls ou à plusieurs [1]. Pour les décisions d'une certaine importance, en revanche, les gérants sont convoqués à une séance au cours de laquelle ils discutent des objets inscrits à l'ordre du jour et décident sur la base de ces délibérations. La pratique admet également la prise de décision par écrit, sans délibération. La présente contribution rappellera dans un premier temps quelques principes concernant la prise de décision par voie de délibération, puis, dans un deuxième temps, elle se concentrera sur certains principes concernant la prise de décision par voie de circulation.

### 2. DÉCISIONS PAR VOIE DE DÉLIBÉRATION

En règle générale, les décisions sont prises par voie de délibération au cours d'une séance à laquelle sont convoqués les

gérants. Si certains gérants ne peuvent pas se rendre physiquement à la séance, il est admis qu'ils y assistent par le biais d'une conférence téléphonique, d'une vidéoconférence ou d'autres moyens techniques similaires [2], sans qu'il y ait besoin de base statutaire ou réglementaire particulière [3]. La convocation à ces séances n'est pas explicitement réglée dans la loi. En général, les statuts et le règlement d'organisation prévoient que le président des gérants convoque la séance [4]. Selon l'urgence, la complexité des affaires à traiter, le nombre de participants et leurs domiciles, les délais de la convocation peuvent être plus ou moins longs. Dans tous les cas, ces délais doivent respecter les règles de la bonne foi [5]. Un délai de cinq à dix jours est généralement considéré comme adéquat. Même si aucune forme particulière n'est prévue pour la convocation, il est recommandé de convoquer les gérants par écrit. La convocation contient les objets inscrits à l'ordre du jour et est accompagnée de toute autre documentation utile aux délibérations et à la prise de décision. Contrairement aux dispositions régissant la société anonyme, la loi est muette quant à l'obligation de la tenue d'un procès-verbal de la séance des gérants. Les délibérations et les décisions des gérants sont cependant généralement consignées dans un procès-verbal pour des raisons de responsabilité des gérants [6]. Le procès-verbal est signé par le président de la séance et le secrétaire.

### 3. DÉCISIONS PAR VOIE DE CIRCULATION

**3.1 Pas de délibération.** Même s'il n'existe pas de disposition explicite au sujet des décisions par voie de circulation des gérants, ces dernières sont admises en pratique. Aussi, une application analogique des règles applicables aux décisions par voie de circulation du conseil d'administration d'une société anonyme est indiquée [7].

Une décision prise sans délibération signifie que les gérants doivent généralement répondre par écrit à une proposition qui leur est soumise par le président des gérants. Les gérants n'ont pas la possibilité de directement discuter de l'objet du vote, ni de confronter leurs points de vue. Du fait de l'absence d'échanges entre les gérants, il est préférable



JANUSZ MARTY, LL.M.,  
AVOCAT, VISCHER AG,  
ZURICH

que cette forme de prise de décision soit limitée aux objets de routine et d'importance secondaire, ou quand l'urgence ne permet pas la convocation d'une séance [8].

Les décisions par voie de circulation ne sont possibles qu'à condition qu'aucun gérant ne requière une discussion. Chaque gérant peut requérir une discussion dans le délai qui lui est imparti pour répondre à la proposition [9] et cela, même si une majorité s'est déjà manifestée et a approuvé la proposition. Si un gérant requiert une discussion, la procédure de décision par voie de circulation sera bloquée et une séance devra être convoquée. À défaut d'une requête de discussion dans les délais, la procédure de la prise de décision par voie de circulation est acceptée, pour autant que la notification de la proposition ait été faite correctement.

**3.2 Proposition.** La procédure de la prise de décision par voie de circulation est introduite par une proposition du président des gérants, mais elle peut également émaner d'un autre gérant ou encore faire suite à une proposition venue d'un tiers. La proposition est faite par écrit et contient les objets qui sont soumis au vote. Elle doit être formulée clairement de sorte que les autres gérants puissent répondre par oui ou par non [10] et est accompagnée d'un exposé des motifs et d'un formulaire de vote [11] et, parfois, d'informations supplémentaires au sujet de l'objet du vote.

La proposition peut également être présentée sous la forme d'un document sur lequel les décisions des gérants sont déjà rédigées à l'avance. Il est recommandé que ce document soit pourvu d'un titre qui renseigne sur sa nature [12]. La raison sociale complète de la société, son siège et son numéro d'identification (IDE) permettent également une meilleure identification du document [13]. Par l'apposition de leur signature sur ce document, les gérants signifient leur approbation de la proposition.

**3.3 Notification de la proposition.** La proposition est notifiée à chaque gérant. La preuve de la notification de la proposition doit pouvoir être apportée, en particulier en cas de relations conflictuelles entre les gérants. Il est ainsi possible de notifier aux gérants la proposition par courrier recommandé ou de demander à chaque gérant un accusé de réception. Une approbation subséquente par les gérants est également possible par la consignation des décisions prises par voie de circulation dans le procès-verbal de la séance des gérants suivante [14]. Sauf situations particulières [15], si la preuve de la notification de tous les gérants ne peut pas être donnée, les décisions par voie de circulation doivent être traitées comme si un gérant avait requis une discussion [16].

**3.4 Délai.** Les gérants doivent répondre à la proposition dans un certain délai. Le règlement d'organisation de la société peut, par exemple, prévoir un délai de 5 à 10 jours [17].

Si ni les statuts, ni le règlement d'organisation ne prévoient de délai, le délai donné aux gérants pour répondre à la proposition doit être raisonnable et prendre en compte toutes les circonstances particulières [18]. Dans ce cas, il sera cependant plus difficile de juger si une réponse a été donnée dans les

temps. Pour répondre à cette question, les règles générales du Code des obligations seront applicables, en particulier le principe de la bonne foi [19]. On considère qu'une réponse est donnée dans les délais si elle est donnée à un moment auquel l'expéditeur pouvait s'y attendre. C'est également les circonstances particulières qui vont déterminer à quel moment l'expéditeur peut s'attendre à une réponse.

Si la majorité nécessaire à la prise de décision est constituée avant l'écoulement du délai, la décision est valable, à la condition (suspensive) qu'aucun gérant ne requiert une discussion jusqu'à l'écoulement dudit délai [20]. Si un gérant n'a pas donné de réponse dans le délai, son silence ne peut pas être considéré comme un acquiescement [21].

**3.5 Forme de la réponse.** Chaque gérant renvoie dans le délai imparti le formulaire de vote sur lequel il a coché la case oui ou la case non. Le formulaire est également daté et signé par le gérant. Si la proposition est faite sous forme de décisions rédigées à l'avance, chaque gérant signe sur la page de signature qui indique son prénom, son nom, sa fonction ainsi que le lieu et la date. Les gérants n'ont pas l'obligation de tous signer sur la même page. En d'autres termes, chaque gérant peut signer à l'endroit indiqué pour sa signature sans devoir faire circuler sa copie signée aux autres gérants.

Ensuite, chaque gérant renvoie le formulaire de vote ou le document contenant les décisions rédigées à l'avance en version originale à la société (ou à toute personne censée le recevoir). En pratique, il est pourtant fréquent que seules des copies soient envoyées par fax ou sous forme électronique en format pdf [22]. Généralement, l'approbation ou le rejet de l'objet du vote par un gérant au moyen d'un e-mail, sans envoi du formulaire ou du document signé, ne suffit pas [23].

**3.6 Quorum et majorité.** La loi ne prévoit pas de quorum de présence pour les décisions des gérants. Les statuts et le règlement d'organisation peuvent prévoir un quorum de présence (p. ex. une décision ne peut être prise que si 50% des gérants sont présents).

La loi prévoit que si la société a plusieurs gérants, les décisions sont prises à la majorité des voix émises [24]. Il s'agit d'une majorité relative, c'est-à-dire que lors du décompte des voix, les absences ne sont pas prises en considération pour le calcul de la majorité. Dans le décompte de ces voix, chaque gérant dispose d'une voix et, en cas d'égalité des voix, le président a, sauf disposition contraire dans les statuts, voix prépondérante.

Il est possible de durcir les conditions de prise de décision en prévoyant dans les statuts que certaines décisions sont prises à la majorité absolue ou à une majorité qualifiée. Il est également possible d'introduire des droits de veto pour certains gérants [25]. Si des dispositions prévoyant l'unanimité sont prévues, ces dernières doivent prévoir certaines exceptions si, par exemple, un gérant ne peut momentanément pas prendre part aux décisions.

Même si en pratique, pour des raisons de preuve, les décisions par voie de circulation sont généralement prises à l'unanimité, elles ne doivent pas nécessairement être prises

à l'unanimité pour être valables, sauf disposition contraire des statuts ou du règlement d'organisation [26].

**3.7 Procès-verbal?** Comme évoqué au début de cette contribution, la loi ne se prononce pas sur l'obligation de tenir un procès-verbal des séances des gérants. Cependant, pour des raisons de responsabilité des gérants, il est recommandé de tenir un procès-verbal des séances. Pour les mêmes raisons, il est recommandé que les décisions prises par voie de circulation soient consignées, si possible dans un futur proche, dans le procès-verbal de la séance des gérants suivante [27]. Les procès-verbaux sont ensuite conservés pendant une période d'au minimum dix ans [28].

**3.8 Approbation de l'assemblée des associés?** Les statuts peuvent prévoir que les gérants doivent soumettre certaines décisions à l'approbation de l'assemblée des associés. Ils peuvent également prévoir que les gérants peuvent soumettre certaines questions à l'approbation de l'assemblée des associés [29]. Selon le Message, un défaut d'approbation reste, en principe, sans influence sur le pouvoir de représentation des gérants. Toutefois, les contrats conclus sans approbation ne sont juridiquement valables qu'aussi longtemps que l'autre partie au contrat n'a pas eu connaissance ou n'aurait pas dû savoir que l'approbation faisait défaut [30]. Pour éviter ces situations, il est recommandé de vérifier préalablement si une décision des gérants est sujette à l'approbation de l'assemblée des associés. Selon la loi, l'approbation de l'assemblée des associés ne restreint pas la responsabilité des gérants [31].

**3.9 Registre du commerce et forme authentique.** L'ordonnance sur le registre du commerce prévoit que les décisions par voie de circulation doivent être signées par tous les gérants [32] et ceci indépendamment de ce qui est prévu dans les statuts ou le règlement d'organisation. L'ordonnance précitée prévoit que les pièces justificatives doivent être produites dans leur forme originale ou sous forme de copie attestée conforme. Ces copies attestées conformes peuvent être produites sur papier ou sous forme électronique [33]. Si, toutefois, tous les gérants signent la réquisition d'inscription, les décisions par voie de circulation ne doivent pas nécessairement être produites [34].

S'agissant des décisions pour lesquelles la forme authentique est requise, les décisions par voie de circulation ne se prêtent pas à l'exercice [35]. Dans un tel cas, une séance a lieu auprès d'un notaire [36].

**3.10 Nullité des décisions.** Contrairement aux décisions de l'assemblée des associés [37], les décisions des gérants ne sont pas contestables, mais nulles [38]. Toute personne ayant un intérêt digne de protection à la nullité de la décision peut faire valoir la nullité de ladite décision, généralement au moyen d'une action en constatation contre la société. Cette nullité peut, sous réserve de l'abus de droit, être invoquée à tout moment. S'il y a un dommage, une action en responsabilité peut également être envisagée [39].

Sont nulles en particulier les décisions qui suppriment ou limitent le droit des associés, qui négligent les structures de

base de la société à responsabilité limitée ou portent atteinte aux dispositions de protection du capital. En outre, les décisions des gérants peuvent également être nulles si la prise de décision a eu lieu lors d'une séance à laquelle tous les gérants n'ont pas été convoqués de manière correcte, pour autant que le vice de forme ait été grave [40], ou si les quorums statutaires ou réglementaires n'ont pas été respectés [41].

La décision nulle est considérée comme n'ayant jamais déployé d'effet. Elle est incurable et vaut à l'égard de tous. Vu les conséquences importantes de la nullité des décisions des gérants, elle ne devrait être constatée que dans des cas de violations graves de dispositions légales impératives édictées dans l'intérêt public ou des cas de violation de la structure de base de la société [42].

**3.11 Base statutaire ou réglementaire?** Une grande partie de la doctrine soutient que la possibilité de prendre des décisions par voie de circulation doit être ancrée dans les statuts [43]. D'autres auteurs trouvent qu'il suffit que cette possibilité soit prévue dans le règlement d'organisation de la société [44]. Pour ma part, je ne suis pas convaincu qu'une base statutaire ou réglementaire soit nécessaire. Premièrement, les dispositions [45] sur lesquelles se basent les auteurs pour dire qu'une base statutaire est exigée ne se rapportent pas à la prise de décision par voie de circulation, mais, en particulier, à la prise de décision des gérants dans le cas où la société compte plusieurs gérants ainsi qu'à la possibilité de renoncer à la voix prépondérante du président. Ces dispositions se rapportent au mécanisme de la prise de décision et non pas à sa forme [46]. Deuxièmement, la réglementation régissant la prise de décision par écrit de l'assemblée des associés a été prise sur le modèle de la réglementation régissant la prise de décision par voie de circulation du conseil d'administration [47], qui ne prévoit pas de base statutaire, ni réglementaire. Si cette réglementation doit servir de base pour la prise de décision par écrit de l'assemblée des associés, elle doit, à plus forte raison, également servir de base pour la prise de décision par voie de circulation des gérants. Troisièmement, il n'y a pas de raisons spécifiques liées au caractère personnel de la société à responsabilité limitée qui commanderaient que les décisions par voie de circulation des gérants aient une base statutaire ou réglementaire [48]. Pour des raisons pratiques cependant, un règlement d'organisation est utile pour encadrer le déroulement de la procédure de prise de décision par voie de circulation.

#### 4. CONCLUSION

En dehors de certaines règles impératives, les dispositions de la société à responsabilité limitée prévoient une grande flexibilité. Elles permettent de conformer la société en fonction des circonstances concrètes. En ce qui concerne la procédure de prise de décision par voie de circulation, les statuts et le règlement d'organisation tiennent un rôle central dans l'aménagement de ladite procédure. Afin de ne pas laisser ouverts certains points de procédure centraux de la prise de décision par voie de circulation, notamment les points concernant le délai pour répondre aux propositions ou la notification, il est utile de prévoir des dispositions réglant ces

aspects dans les statuts et le règlement d'organisation. En outre, pour éviter de courir le risque que certaines décisions par voie de circulation soient déclarées nulles des mois, voire des années, après qu'elles ont été prises, la consignation des

décisions prises par voie de circulation dans le procès-verbal de la séance des gérants suivante et l'apposition des signatures de tous les gérants sur lesdites décisions restent les meilleurs moyens pour éviter une insécurité juridique. ■

**Notes:** 1) Handschin Lukas/Truniger Christof, Die neue GmbH, 2. Auflage, Zürich 2006, § 14 N 3 ss.; CR CO II-Buchwalder, art. 809 N 8. 2) CR CO II-Peter/Cavadini, art. 713 N 12. 3) BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, art. 809 N 21 a. 4) Handschin/Truniger (FN 1), § 14 N 56 et 71. 5) Handschin/Truniger (FN 1), § 14 N 71. 6) Nussbaum Martin F./Sanwald Reto/Scheidegger Markus, Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Muri bei Bern 2007, art. 809 N 20; BSK OR II-Watter/Pellanda, art. 809 N 23. 7) Dès lors que le message concernant la révision du code des obligations du 19 décembre 2001, FF 2002 (ci-après le «Message»), renvoie, pour ce qui est de la prise de décision par écrit des associés, au modèle de la réglementation régissant la prise de décision par voie de circulation du conseil d'administration (art. 713 al. 2 CO) (p. 3005), il apparaît plus opportun de renvoyer directement à une application analogique de l'art. 713 al. 2 CO pour ce qui des décisions par voie de circulation des gérants. Certains auteurs renvoient pourtant à une application analogique à la prise de décision par écrit des associés prévue à l'art. 805 al. 4 CO (Nussbaum/Sanwald/Scheidegger (FN 6), art. 809 N 17; Siffert Rino/Fischer Marc Pascal/Petrin Martin, Stämpflis Handkommentar zum GmbH-Recht, Bern 2008, art. 809 N 10). 8) CR CO II-Peter/Cavadini, art. 713 N 13. Le cas de l'urgence est aujourd'hui relativisé dans la mesure où les gérants, qui ne peuvent pas se rendre physiquement à la séance, peuvent y assister par le biais, par exemple, d'une conférence téléphonique. Les décisions seront alors prises par voie de délibération. 9) Parfois, un délai spécifique (plus court) peut être prévu dans le règlement d'organisation pour répondre uniquement à la question de savoir si une discussion est requise. 10) ZK-Homburger, art. 713 OR N 331. 11) CR CO II-Peter/Cavadini, art. 713 N 16. 12) Il est par exemple possible d'inscrire en haut du document le titre «Décisions par voie de circulation des gérants». 13) La date ne doit pas nécessairement figurer sur la première page du document. Généralement, elle figure au-dessus ou en face de la signature de chaque gérant. En effet, il est possible que tous les gérants ne signent pas à la même date. 14) Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 13 N 141. 15) Il peut par

exemple arriver qu'un gérant soit hospitalisé aux soins intensifs ou injoignable. Dans ce cas, une tentative de notification devrait suffire. 16) Böckli (FN 14), § 13 N 142. 17) Un délai plus court peut être prévu en cas d'affaires urgentes. 18) Facincani Nicolas/Sutter Reto, Zirkularbeschlüsse des Verwaltungsrats, in: TREX (L'EXPERT FIDUCIAIRE) 2/14, 106. Pour ces auteurs, peuvent être pris en compte l'urgence, la complexité de l'affaire au sujet de laquelle la décision doit être prise, les délais généralement observés au sein de l'organe de gestion ou encore l'accessibilité des gérants. 19) Handschin/Truniger (FN 1), § 14 N 71. 20) BSK OR II-Wernli/Rizzi, art. 713 N 19. 21) Böckli (FN 14), § 13 N 138 a; BSK OR II-Wernli/Rizzi, art. 713 N 20; CR CO Peter N 14. 22) Il s'agira pour les gérants de scanner les propositions ou autres documents signés par eux et les envoyer en annexe de l'e-mail. 23) Les signatures électroniques sont, en revanche, généralement autorisées. 24) Art. 809 al. 4 CO. 25) Böckli Peter/Ruedin Roland/Von Planta Andreas/Duc Nicolas, Le nouveau droit de la société à responsabilité limitée, Lausanne 2006, 72; CR CO II-Buchwalder, art. 809 N 14. 26) Toutefois, pour éviter les problèmes de preuves ou de notifications, le président va généralement requérir que tous les gérants signent la décision par voie de circulation, même si cette unanimité n'est pas une exigence d'après les statuts ou le règlement d'organisation. 27) BSK OR II-Wernli/Rizzi, art. 713 N 33. 28) Art. 958 f CO. 29) Art. 811 CO. 30) Message (FN 7), 3011; CR CO II-Chapuis, art. 811 N 16 ss. 31) Art. 811 al. 2 CO. 32) Art. 23 al. 2 ORC. 33) Art. 20 al. 1 ORC. Pour le dépôt des décisions par voie de circulation électroniques auprès du registre du commerce, voir Fischer Marc Pascal/Kuhn André, Elektronischer Zirkulationsbeschluss und dessen Einreichung beim Handelsregister, in REPRAX 1/10, 1 ss. 34) Art. 23 al. 3 ORC. 35) CR CO II-Peter/Cavadini, art. 713 N 18; BSK OR II-Wernli/Rizzi, art. 713 N 21. 36) Les statuts prévoient régulièrement que pour les décisions devant faire l'objet d'un acte authentique, un seul gérant suffit. 37) Art. 808 c CO. 38) Art. 816 CO. 39) Nussbaum/Sanwald/Scheidegger (FN 6), art. 816 N 7. 40) Nuss-

baum/Sanwald/Scheidegger (FN 6), art. 816 N 4, tout en précisant que «la doctrine, qui s'est généralement exprimée au sujet de CO 706 b [cas de nullité], reste toutefois très partagée dans l'appréciation de cas individuels». 42) CR CO II-Chapuis, art. 816 N 6; BSK OR II-Wernli/Rizzi, art. 714 N 10. 43) BSK OR II-Watter/Pellanda, art. 809 N 21; Nussbaum/Sanwald/Scheidegger (FN 6), art. 809 N 17; CHK-Kratz, OR 810 N 8; Handschin/Truniger (FN 1), § 14 N 74. 44) Facincani Nicolas/Sutter Reto, Schriftliche Beschlussfassung bei Organen von juristischen Personen, in: L'Expert-comptable suisse 2013/10, 723 ss; Siffert/Fischer/Petrin (FN 7), § 14 N 10; CR CO II-Buchwalder, art. 809 N 10 (cet auteur dit que la faculté de prendre des décisions par voie de circulation ne nécessite pas de base statutaire particulière, mais ne se prononce pas sur l'exigence d'une base réglementaire). 45) Art. 776 a al. 2 ch. 6 CO et art. 809 al. 4 CO. 46) Message (FN 7), 2975: «ch. 6: la prise des décisions par les gérants (soit les majorités requises, y compris les quorums de présence et la voix prépondérante; à ce sujet, cf. art. 809 al. 4, P CO)». Message (FN 7), 3010: «L'al. 4 règle la prise des décisions de gestion lorsque la société compte plusieurs gérants. Ils prennent leurs décisions à la majorité des voix émises et le président des gérants a la voix prépondérante, sauf disposition contraire des statuts. Ceux-ci peuvent par exemple fixer des quorums de présence pour des décisions déterminées ou renoncer à la voix prépondérante du président»; CR CO II-Chappuis/Jaccard, art. 776 a N 30: ces auteurs précisent que «le régime légal peut être ajusté concernant le mécanisme de prise de décisions des gérants (majorité, quorum, voix prépondérante (CO 809 IV)». Il n'est pas question de décision par voie de circulation. 47) Message (FN 7), 3005; voir FN 7. 48) À ma connaissance, aucune décision du Tribunal fédéral n'a tranché la question de l'obligation de la base statutaire. Cependant, au vu de la position actuelle d'une partie importante de la doctrine et de l'absence de décisions judiciaires à ce sujet, il est plus prudent de prévoir une base statutaire pour toute décision prise par voie de circulation.

Bitte hier einen Füller einsetzen!  
Merci!