

**Tutorats de droit commercial
du cours du Professeur Walter Stoffel
Université de Fribourg**

Année académique 2016/2017

Par Benjamin Papaux

Remarque : Sauf indication contraire, les rappels théoriques intégrés dans ce document proviennent du livre : MEIER-HAYOZ Arthur / FORSTMOSER Peter, *Droit suisse des sociétés*, Berne 2015.

Table des matières

CAS n° 1 :	3
CAS n° 2 :	7
CAS n° 3 :	12
CAS n° 4 :	17
CAS n° 5 :	21
CAS n° 6 :	27
CAS n° 7	32
Cas n° 8	37
CAS n° 9	44
CAS n° 10.....	49
CAS n° 11.....	53
Calcul des majorités selon tutorat n° 11 :.....	59
CAS n° 12.....	61
CAS n° 13.....	67
CAS n° 14.....	72
CAS n° 15.....	78
CAS n° 16.....	85
CAS n° 17.....	94
CAS n° 18.....	99

CAS n° 1 :

Jean-Paul Odergon est menuisier et exploite une scierie-menuiserie depuis 5 ans.

Il a fait récemment l'*acquisition d'un atelier* situé quelque peu à l'extérieur de son village, au prix de *fr. 100'000.-*. Jean-Paul a payé le prix *par ses propres moyens* ainsi que *par un prêt hypothécaire* de sa banque de *fr. 70'000.-*. L'atelier est équipé des machines nécessaires ; Jean-Paul évalue leur valeur à *fr. 50'000.-*.

Jean-Paul dispose en outre d'une *réserve de bois d'une valeur de fr. 7'000.-* ainsi que d'un *petit stock de produits finis d'une valeur de fr. 3'000.-*.

Ses disponibilités *en argent liquide s'élève à fr. 10'000.-*. Sa banque lui accorde une *ligne de crédit* pour l'exploitation de sa menuiserie : ce crédit est utilisé actuellement jusqu'à concurrence de *fr. 30'000.-*.

Jean-Paul aimerait *transformer son commerce en une SA* avec son frère Frédy qui est comptable. Jean-Paul est d'accord de remettre à son frère *dix actions à fr. 1'000.- chacune* et de le faire participer ainsi à la société à *raison de 10%*, en reconnaissance des services qu'il a rendus en cette fonction jusqu'à maintenant. La nouvelle société aura la raison sociale « Odergon SA » et sera inscrite au registre du commerce du canton de Fribourg.

Dressez le **bilan de fondation** d'Odergon SA.

La fondation de Odergon SA:**1. Etat de faits :**

Jean-Pierre, scierie-menuiserie (en raison individuelle) : dispose d'objets de son commerce + d'argent liquide (10'000.-) + un prêt hypothécaire, ligne de crédit (il s'agit d'un compte courant qui permet d'aller en dessous de 0. La banque permet ainsi de s'endetter mais pour une durée limitée en jour. L'intérêt est assez cher pour ce type de compte. Il y a souvent une limite dans le temps et dans le montant. Dans le cas de Jean-Paul, il peut aller jusqu'à -30'000.-. La banque peut exiger une sureté, soit une mise en gage comme par exemple une cession de créance future + l'atelier y compris les machines) + son frère Frédy.

2. Transformation en SA

- Comment fonde-t-on une SA ?
- Est-ce possible de passer de la RI à la SA ?
- Comment est-ce qu'on le fait ?
- Bilan d'entrée (d'après fondation)

Rappel théorique sur la SA : La SA dispose d'une *personnalité juridique propre* ainsi titulaire de droits et obligations de façon autonome et peut agir en son nom propre. La SA est également dotée d'une *autonomie* sur le plan interne, dans ses relations avec ses membres. Le *principe de la gestion par des tiers* s'applique. Elle poursuit le plus souvent un but économique. (livre p. 487 ss.)

3. Conditions pour fonder une SA :

Il faut un capital de 100'000.- minimum (**art. 621 CO**).

Rappel théorique sur le capital-actions : Le capital-actions représente *une grandeur comptable non réelle* qui correspond aux *obligations de faire un apport* dans la fortune sociale, contractées par les associés (livre p. 492). Le capital-actions a principalement pour fonction de *servir de garantie aux créanciers*. Les actionnaires ne répondent pas personnellement des dettes sociales (livre p. 497), au contraire de Jean-Paul, s'il reste en raison individuelle.

Inventaire:

Machines:	50'000.-	
Bois:	7'000.-	
Stocks:	3'000.-	
Liquidités:	10'000.-	
Atelier:	100'000.-	(Vnette 30'000.- = 100'000 prix d'acquisition - 70'000 hypothèque)
Ligne de crédit:	- 30'000.-	
- Hypothèque:	-70'000.-	
Total :	<u>70'000.-</u>	

A noter qu'une *force de travail* comme celle de Jean-Paul ou de son frère Frédy ne peut pas être un actif. L'actif doit être quelque chose que l'on peut vendre.

Lors de la fondation d'une SA, les *apports en espèces* (plus communément les liquidités) doivent être déposés sur un compte bloqué (par Jean-Paul mais ouvert pour la société). Une fois l'argent

versé sur le compte bloqué, l'actionnaire en l'occurrence Jean-Paul ne peut plus le toucher et seul la société peut bénéficier de cet argent (**art. 633 CO**). Il faut que cela soit impérativement une banque (plus précisément *un établissement* soumis à la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne). Comme indiqué précédemment, l'article **633 CO** concerne les apports en espèces (liquidités) alors que l'art. **634 CO** concerne les apports en nature.

Selon l'inventaire ci-dessus, il n'y a qu'un équivalent de 70'000.- de valeurs, soit en liquidités, soit en nature. Ces apports sont insuffisants au sens de l'art. **621 CO** qui exige un capital-actions d'une valeur de 100'000.- minimum. Cependant, il y a la possibilité de libérer partiellement (art. **632 CO**). Selon l'art. **632 al. 2 CO** : il faut *libérer au minimum 50'000.-*. Les 50'000.- du **632 al. 2 CO** sont ainsi le *minimum absolu* alors que les 20% du **632 al. 1 CO** sont le *minimum relatif*. Pour arriver au minimum relatif de 20%, il faut un capital de 250'000.- minimum.

Attention : L'**art. 634a CO** est fondé sur la *libération ultérieure*. Il ne concerne par conséquent pas cet exercice.

Jean Paul a donc la possibilité de fonder une société anonyme selon l'art. **632 CO** car il détient le minimum absolu de 50'000.-.

Précisions : Au vu des biens et des liquidités dont disposent Jean-Paul, il s'agit d'une *fondation qualifiée*. Dès le moment où il y a des apports en nature (peu importe la quantité), cela devient une fondation qualifiée. Un *rapport de fondation* (**635 CO**) et une *attestation de vérification* (**635a CO**) deviennent nécessaires pour la fondation. A noter que l'art. 628 CO distingue 3 cas de figure pour la fondation qualifiée : les *apports en nature* – les *reprises de biens* – l'*octroi d'avantages particuliers à certains fondateurs ou à d'autres personnes*. Il existe aussi la *libération par compensation* (**634a al. 2 et 635 ch. 2 CO**) (Livre p. 673)

4. Bilan d'entrée (de fondation) :

<u>Actifs (utilisation des fonds ; avoir) :</u>		<u>Passifs (Provenance des fonds ; doit) :</u>	
Atelier	100'000.-	Capital-actions (621 CO) :	100'000.-
**Dette de l'actionnaire	30'000.-	Hypothèque :	70'000.-
Machines :	50'000.-	Ligne de crédit :	30'000.-
Liquidités :	10'000.-		
Stocks :	3'000.-		
Bois :	7'000.-		
Total :	200'000.-	Total :	200'000.-

Rappel théorique sur le bilan : Le bilan montre *l'origine (ou la provenance)* et *l'affectation (ou l'utilisation)* des ressources dont dispose une société. Du côté des passifs, il montre d'où proviennent les fonds et du côté des actifs la manière dont ces ressources/fonds ont été employés (livre p. 493).

Attention : La ligne de crédit et la dette de l'actionnaire de 30'000.- ne sont pas liées ! Car le capital-actions n'est couvert que par 70'000.-. La loi oblige à souscrire pour 100'000.- (**621 CO**).

******Nous avons un *bulletin de souscription* qui justifie le poste *dette de l'actionnaire* 30'000.- (**630 CO**). L'art. **630 CO** parle de *l'engagement inconditionnel*. Ainsi les 30'000.- non versés correspondent à une dette (créance de la SA sur les actionnaires que la société pourra faire valoir à un moment

ultérieur, chaque fois qu'elle aura besoin de liquidités (**634a CO**, livre p. 509) de la société contre l'actionnaire raison pour laquelle c'est un actif pour le bilan.

Le *capital-actions* est une décision du montant mais on ne peut pas dire que c'est l'apport en tant que tel. La société ne doit jamais rembourser le capital-actions sauf lors de sa dissolution (680 al. 1 CO).

Précision : Chaque action doit être libérée à 20% au moins. Il n'est pas possible de dire : « J'ai 40 actions-libérées et 60 non-libérées. Elles doivent toutes être libérées à au moins 20%. Dans ce cas, si Jean-Paul veut capitaliser avec 100 actions d'une valeur nominale de 1'000.- et qu'il libère 50'000.- de capital, les actions seront toutes libérées à hauteur de 50% soit 500.-.

Délai pour la libération: il n'y en a pas ! C'est le Conseil d'administration qui le détermine librement (**634a CO**).

Les 10 actions données à Frédy peuvent être considérées économiquement comme un cadeau.

CAS n° 2 :

Odergon SA devait assez rapidement renouveler partiellement son parc de machines. Par conséquent, elle a demandé aux actionnaires de libérer entièrement leurs actions (**634a CO**). Une année après la fondation, le bilan d'Odergon SA se présente comme suit :

Bilan actuel d'Odergon SA

Banque	30'000.-	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	5'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Stocks	5'000.-	Réserve libre	12'000.-
Machines	80'000.-	Réserve légale	8'000.-
Atelier	100'000.-	Capital-actions	100'000.-
Total	220'000.-	Total	220'000.-

Avant la fondation de la société, Frédy Odergon avait promis au Syndic – un de ses amis – que la société allait acheter son bois auprès de la commune. Son frère ne l'entend pas de cette oreille ; il trouve que le bois de la commune est trop cher.

Frédy Odergon exige maintenant que la société honore l'engagement qu'il avait pris pour elle et qu'elle achète un lot important de bois de la commune. A défaut, il veut que la société reprenne ses 10 actions (valeur nominale de 1'000.-) aux meilleures conditions.

Questions :

1. Frédy peut-il exiger que la société achète le bois auprès de la commune ?
2. Le rachat des titres est-il possible et si oui, à quelles conditions ?

4. Bilan d'entrée (de fondation) :

<u>Actifs (utilisation des fonds ; avoir) :</u>		<u>Passifs (Provenance des fonds ; doit) :</u>	
Atelier	100'000.-	Capital-actions (621 CO) :	100'000.-
<i>** Dette de l'actionnaire</i>	30'000.-	Hypothèque :	70'000.-
Machines :	50'000.-	Ligne de crédit :	30'000.-
Liquidités :	10'000.-		
Stocks :	3'000.-		
Bois :	7'000.-		
Total :	200'000.-	Total :	200'000.-

Rappel : Situation lors du bilan de fondation du cas no 1

1. Etat de faits :

Odergon SA a un capital-actions entièrement libéré (les 30'000.- non libérés ont été libérés sur demande du Conseil d'administration dont Jean-Paul est le Président, **art. 634a CO**, libération ultérieure). Par conséquent, le compte *dette de l'actionnaire* n'existe plus.

Frédy a promis d'acheter du bois à la commune, Jean-Paul s'y oppose. Frédy exige que le bois soit acheté, sinon il veut une éventuelle *reprise des actions*. Jean-Paul est membre et Président du Conseil d'administration (dans le Conseil d'administration et pour fonder une SA, une seule personne suffit, **625 CO**).

La société a dégagé des bénéfices selon le bilan présenté ci-dessus. On y voit notamment des réserves légales (**art. 671 CO**) qui sont une preuve de bénéfice par rapport au bilan de fondation (voir ci-dessus).

A noter que dans l'acte constitutif, il faut désigner les organes (**art. 629 al. 1 in fine CO**). Une personne ne peut pas représenter tous les organes (exemple : un membre du Conseil d'administration ne peut pas être en même temps réviseur). Chez Odergon, l'assemblée générale qui est un organe et même le pouvoir suprême de la SA (**art. 698 CO**) est composée de 2 personnes : Frédy qui a 10 actions et Jean-Paul qui en a 90. De plus et à titre de comparaison, le système de fonctionnement des organes d'une SA est très similaire à celui de la Confédération helvétique et de ses trois pouvoirs : il n'est pas possible de siéger dans 2 pouvoirs en même temps (exemple : un Conseil fédéral ne peut pas être en même temps juge fédéral) au nom de la séparation des pouvoirs. L'Assemblée fédérale tout comme l'assemblée des actionnaires d'une SA (même si dans la pratique, c'est plutôt le CA) est le pouvoir suprême.

Question 1 : Frédy peut-il exiger que la société achète le bois auprès de la commune ?

Frédy a promis que la société qu'il va fonder avec son frère va acheter du bois à la commune. Nous sommes dans un cas d'une *obligation contractée avant la fondation de la société* (**art. 645 CO**).

Il est donc possible d'engager la société avant sa fondation. Mais l'auteur de l'engagement Frédy est engagé à titre personnel (responsabilité personnelle et solidaire, **art. 645 al. 1 CO**). *Les fondateurs, avant la fondation de leur société, sont considérés comme une société simple* (**art. 530 ss CO**). Ici, Frédy engage la société, ainsi les deux sont engagés personnellement pour cet acte.

645 al 2 CO : La société peut « assumer ». Cela doit être vu comme une *reprise d'engagement*. La société peut dire au Syndic qu'elle est contente et qu'elle honore l'engagement de Frédy. Le Syndic devra livrer le bois, la commune doit accepter. Cependant, il y a un *délai de 3 mois* (**645 al. 2 CO**). *Si les actes ont été contractés « au nom de la société »* = ici, c'est le cas !

Il y a *techniquement une reprise de dette* car la société n'existait pas encore. Il s'agit d'une *représentation directe de Frédy* (les effets de notre acte vont pour le représenté, mais le problème est que la société n'existe pas encore). En gros, du point de vue du Syndic, c'est une représentation directe: Dans les 3 mois, il est lié. Passé les 3 mois, il n'est plus lié. La société est aussi protégée car elle peut dire non. *La disposition 645 al. 2 CO protège la société*. Si la société refuse (elle n'est pas engagée), c'est Frédy et Jean-Paul qui sont responsables au sens de **645 al. 1 CO**. Jean-Paul répondra solidairement (au niveau externe), car il était dans une situation de société simple.

Rappel : Si on le fait au nom de la société, c'est de la représentation directe (art. 32 ss CO). Il manque juste le représenté !!

Frédery ne peut pas exiger que la société accepte. Jean-Paul décidera au nom de la société, c'est ainsi la décision de la société. *Dans le droit des SA, s'il y a des conflits, en principe, le droit privilégie/protège la société.* La solidarité dans une société simple est une solidarité externe.

Est-ce que Frédery aurait pu éviter de se retrouver dans des sales draps ? Frédery aurait dû dire « je t'achète le bois à condition que la société accepte (condition suspensive)... » Il faut que ce soit claire pour la Syndic !

Si Frédery avait fait une représentation indirecte (sans dire le nom de la société), la société aurait pu faire une reprise de dette pour acheter le bois au Syndic.

Rappel théorique sur la responsabilité pour les dettes sociales : Dans une SA, les dettes ne sont garanties que par l'actif social. Les actionnaires ne sont pas tenus personnellement (p. 517), contrairement aux associés d'une société simples (*art. 530 ss CO*)

Question 2 : Le rachat des titres est-il possible et si oui, à quelles conditions ?

Frédery peut vendre les actions à la société (**659 CO** ; acquisition par la société de ses propres actions).

Quel est le juste prix des actions (la valeur réelle) ?

La valeur nominale est de 1'000.- et la valeur réelle est celle voulue par Frédery.

Calcul de la valeur réelle des actions :

Les *actifs bruts* : banques 30'000 + bois 5'000 + stock 5'000 + machines 80'000 + atelier 100'000
= 220'000.-

– les *fonds étrangers* : banque 30'000 + hypothèque 70'000 = 100'000.-

= 120'000.- = Valeur réelle du capital-actions

Il faut encore diviser la valeur réelle du capital-actions de 120'000.- par 100 (nbre d'actions) pour obtenir la valeur réelle d'une action. L'action à valeur réelle vaut 20% de plus que sa valeur nominale, ainsi 1'200.-. La valeur réelle de l'action correspond à la valeur réelle de la société.

Frédery peut prétendre à 12'000.- pour son paquet d'actions ! Cependant, le prix de vente des actions peut être fixé librement selon le principe de liberté contractuelle.

A noter qu'il n'y a pas de perte dans ce bilan, ce qui facilite le calcul.

La société peut-elle acheter ses propres actions ? **Conditions d'application de 659 CO :**

1. *Fonds librement disponibles (art. 659 al. 1 CO)* (ex : réserves libres, bénéfices pas encore distribué..) : Le bilan actuel dispose de 12 de réserve libre. Elle a créé des réserves supplémentaires au sens de **672 CO**. Donc condition de **659 al. 1 CO** remplie.

2. *Valeur nominale de ces actions ne dépasse pas 10% max. du capital (art. 659 al. 1 CO)*: Ici, les actions de Frédery équivalent à 10% du capital-actions (10 actions de 1000.-). *Soit on fait tout à la valeur réelle, soit on fait tout en valeur nominale.* Si on calcule selon la valeur réelle, 10 actions à 1'200 = 12'000 = 10% du capital à valeur réelle de 120'000.- donc condition de **659 al. 1 CO** remplie.

A noter que Frédery pourrait également demander plus par actions (liberté contractuelle), s'il le souhaite, mais la société n'aurait pas assez de liquidités disponibles. *On ne peut pas prendre dans

les réserves légales car elles sont assimilées au CA (680 al. 2 CO), ainsi il y a, une fois de plus, une volonté législative de protéger la SA.

Pour information : Dans ce cas, il est également possible de calculer la valeur vénale de la société en additionnant les fonds propres : Réserves légales 8'000 + capital-actions 100'000 + Réserves légales actions propres 12'000 = 120'000.- !

Bilan post-opération :

Actifs circulants		Passifs	
Banque	18'000.- (30-12)	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	5'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Stocks	5'000.-	Réserve libre (672 CO)	0.-
Actifs immobilisés			
Machines	80'000.-	*Réserve légale (671 CO)	8'000.-
Atelier	100'000.-	Capital-actions (621 CO)	100'000.-
Actions Odergon SA	12'000.-	*Réserves légales actions propres 12'000.- (art. 659a al. 2 + 671a CO)	
Total	220'000.-	Total	220'000.-

Fonds
étrangers

Fonds
propres

La société ne pourra plus reverser de dividendes, car il n'a plus de fonds à disposition (**675 al. 2 CO**). Le capital-actions ne peut être utilisé que pour réduire ou supprimer les dettes de la société et non pour le verser aux actionnaires (**art. 680 al. 2 CO**, Principe d'intangibilité du capital-actions).
***Les réserves légales actions propres font parties des réserves légales (**art. 659a al. 2 CO**).

A noter que le nouveau bilan intègre les actions à 12'000.- dans les actifs. Si on baisse la valeur de 12 à 10 pour revenir à la valeur nominale, on a fait *une perte (fictive) de 2* donc on peut rajouter une perte au bilan (du côté des actifs). Nous avons un actif dont la valeur n'est pas évidente. *La valeur réelle est toujours un peu subjective car elle dépend de la situation économique et des résultats de l'entreprise.* On doit affecter une *réserve séparée* à la valeur d'achat (valeur d'acquisition) selon l'art. 659a al. 2 CO**. Chaque baisse nous oblige à montrer une perte. Cela a pour but de défavoriser la société qui achète ses propres actions comme l'**art. 659 CO** le permet (pour plus de précisions, cf. rappel théorique ci-dessous).

Autre solution : S'il dispose de 12'000.-, Jean-Paul peut aussi acheter les actions de Frédy lui-même, ainsi devenir le seul et unique actionnaire de la société Odergon SA.

Rappel théorique sur les mesures visant à préserver la fortune sociale (le capital) : le législateur a adopté plusieurs mesures dans ce sens : (livre p. 497ss.)

1. *interdiction de la restitution des apports (Intangibilité du capital-actions)* : Selon **680 al. 2 CO**, les apports des associés ne peuvent être restitués. Dès que les apports sont entrés dans la société, le prélèvement de ces ressources affectées est en principe interdit. De plus, l'**art. 675 al. 2 CO** autorise le prélèvement des dividendes uniquement sur le bénéfice résultant du bilan et sur les réserves constituées à cet effet. Autre mesure légale de protection du capital-actions, l'interdiction du paiement d'intérêts prévue par le droit de la SA (**art. 675 al. 1 CO**). Dernière mesure : **art. 678 CO**

qui obligent les membres du Conseil d'administration et les actionnaires de restituer les prestations perçues indûment.

2. Restrictions à l'acquisition par la société de ses propres actions : Une SA n'est autorisée à acquérir ses propres actions que sous certaines conditions (**art. 659 à 659b CO**). Une telle opération fragilise la fortune sociale, car la société anonyme ne reçoit aucune contrepartie véritable en acquérant ses actions, elle est déjà propriétaire de sa propre fortune. *Un achat n'est autorisé que lorsque les actions peuvent être acquises au moyen de fonds dont la société peut disposer librement, et non sur des ressources affectées au capital-actions (art. 659 al. 1 CO).* ***En outre, la société doit affecter à une réserve spéciale figurant au passif du bilan un montant correspondant à la valeur d'acquisition de ***ses propres actions (qui apparaissent, elles, à l'actif du bilan) (art. 659a al. 2 CO).* Cette règle a pour but d'assurer l'intangibilité du capital bloqué. De même, les opérations sur actions propres doivent être publiées à l'annexe du bilan (**art. 663b ch. 10 CO**). A noter également que le droit de vote lié aux actions propres et les droits qui leur sont attachés sont suspendus (**art. 659a al.1 CO**). Cette règle ne vise cependant pas la protection de la fortune sociale mais à faire en sorte que le Conseil d'administration ne puisse influencer sur l'AG par le biais de ces actions acquises. La pratique fait également que l'on ne verse pas de dividende sur ces propres actions car une société ne va pas se reverser de l'argent à elle-même.

CAS n° 3 :

La société Odergon SA a finalement acheté les actions de Frédy pour 12'000.- frs.

Après l'achat des actions, le bilan se présente comme suit :

Bilan après CAS no 2 :

Actifs circulants		Passifs	
Banque/Caisse	28'000.-	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	18'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Stocks	5'000.-	Fonds étrangers	100'000.-
Actifs immobilisés	180'000.-	Capital-actions	100'000.-
Machines	80'000.-	Réserve légale (671 CO)	8'000.-
Atelier	100'000.-	Réserve libre	12'000.-
		<i>Actions propres</i>	<i>-12'000.-</i>
		Fonds propres	108'000.-
Total	208'000.-	Total	208'000.-

Durant le dernier exercice, un procédé innovateur de fabrication de cuisines est apparu sur le marché. Les stocks d'Odergon SA ont perdu la totalité de leur valeur et les machines ont une utilité amoindrie, si bien qu'elles doivent être amorties à 30.

Commentez le bilan après l'achat des actions, analysez la nouvelle situation et formulez d'éventuelles propositions.

1. Etat de faits :

La société a racheté les actions de Frédy à la valeur réelle de 12'000.-. Une nouveau procédé innovateur de fabrication de cuisines a été développé ce qui influence le marché, ainsi la valeur de stocks de la société est mise à mal. *Stocks = produits finis* (encore) non vendus. On peut en déduire que les nouveaux produits issus du nouveau procédé font perdre de la valeur au stock restant de Odergon SA. Les machines sont également touchées, en conséquence un amortissement de 50 est nécessaire (80-50).

Où sont passées les actions propres Odergon SA dans les actifs du bilan (voir bilan ci-dessus) ?

Question 1 : Commentez le bilan : (fonctionnement des fonds propres importants)

Bilan post-opération :			
Actifs circulants		Passifs	
Banque	18'000.- (30-12)	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	5'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Stocks	5'000.-	Réserve libre (672 CO)	0.-
Actifs immobilisés			
Machines	80'000.-	*Réserve légale (671 CO)	8'000.-
Atelier	100'000.-	Capital-actions (621 CO)	100'000.-
Actions Odergon SA	12'000.-	*Réserves légales actions propres (art. 659a al. 2 CO)	12'000.-
Total	220'000.-	Total	220'000.-

Rappel : Etat du bilan à la fin du cas no 2

La valeur réelle de la société est toujours de 120'000.-. Or ci-dessus, on a 2x la variable 12'000.- d'actions (1x actions Odergon à l'actif, 1x réserve légale actions propres au passif).

Exemple pour mieux comprendre : Si l'atelier a brûlé, la société vaudra 20'000.- (120'000 soit le total des actifs y compris les actions propres – 100'000 soit les fonds étrangers). Les actions propres ne vaudront plus que 20% de leur valeur des 12'000.- qu'elles valaient avant, ainsi 200 par actions. Les 10 actions propres vaudront ainsi 2'000.- et non 12'000.- suite au fait que l'atelier a brûlé. *La valeur nominale ne joue aucun rôle pour calculer la valeur réelle.* Le nombre d'actions est utile pour connaître le prix de la valeur réelle par actions ($16\% = 20 \times 100 / 120$). → Si les actions dans l'actif ne valent plus que 2'000 : les actifs arrivent à $220 - 100$ (atelier) – 10 (perte de valeur des actions) = 110. *Il y a donc un problème avec le calcul sur les actions propres. Cela est dû au fait que j'ai dans les actifs le résultat de mon calcul. L'action de la société n'est pas un véritable actif car il dépend de la valeur de la société.* Dans la pratique, on sous-évalue l'actif. L'**art. 959a al. 2 ch. 3 let. e CO** (du nouveau droit comptable) nous dit comment il faut comptabiliser les capitaux propres. Dans les passifs du bilan, sous la rubrique des capitaux propres, il faut porter en réduction les propres actions. Les « propres parts du capital » de **959a al. 2 ch. 3 let. e CO** est la formulation générique pour les actions propres.

Dans le bilan de la donnée du cas n° 3, les -12'000 des actions propres sont justifiés par l'**art. 959 al. 2 ch. 3 let. e CO**. Les actions propres de 12'000 ne sont plus dans l'actif contrairement au bilan du cas 2. Cela a pour conséquence que le total du bilan est différent. Il n'y a plus que 108'000 de fonds propres. Dans ce système, la réserve libre est devenue une réserve non libre, transformation de la réserve libre en réserve légale. **Le nouveau système de 959 al. 2 ch.3 let. e CO surpasse l'art. 671a CO. Avec le nouveau système, on ne considère plus les actions propres comme un actif = interdiction d'activer les actions propres portées en déduction.** Le nouveau système pénalise la société dans la déduction. La raison n'est pas seulement le changement légal. *L'actif des actions n'est pas un véritable actif (c'est un actif problématique)*. Selon STOFFEL, c'est un oubli des chambres fédérales de ne pas avoir biffé l'art. 671a CO. Le nouveau système est plus sévère, car on est tout de suite à 0. 671a CO → 959 al. 2 ch. 3 let. e CO

Question 2 : Analysez la nouvelle situation

Bilan après nouveau procédé :

Actifs circulants		23'000.-	Passifs		
Banque	18'000.- (30-12)		Banque (ligne de crédit)	30'000.-	Fonds étrangers
Bois	5'000.-		Banque (hypothèque)	70'000.-	
*Stocks	0.-		**Réserve libre (devenue légale)	12'000.-	Fonds propres
Actifs immobilisés	130'000.-		**Actions propres (959 al.2 ch.3 let.e)-12'000.-		
*Machines	30'000.-		Réserve légale (671 CO)	8'000.-	
Atelier	100'000.-		Capital-actions (621 CO)	100'000.-	
**Actions Odergon SA	0.-				
***Perte	55'000.-				
Total	208'000.-		Total	208'000.-	

* Le nouveau procédé de fabrication a une influence sur les postes *stocks* (-5'000.-) et *machines* (-50'000.-). Influence externe économique et non juridique. La réalité a donc une influence.

** Selon le nouveau système (nouveau droit comptable) de l'**art. 959 al. 2 ch. 3 let. e CO**, le poste aux actifs du bilan « Actions Odergon SA » voulu par l'**art. 671a CO** disparaît ainsi en raison du l'**art. 959 al. 2 ch. 3 let. e CO** qui le surpasse. Ainsi, les actions propres figurent au passif.

***On est donc dans une situation de *sous-bilan ou perte de capital* (**art. 725 al. 1 CO**). Il faut additionner les actifs circulants (23'000.-) et les actifs immobilisés (130'000.-) ce qui nous donne des actifs bruts de 153'000.-. Il faut ensuite déduire des actifs bruts les dettes de 100'000 (30'000 + 70'000 soit les fonds étrangers) ce qui nous donne **53'000.- d'actifs nets**. L'art. 725 al. 1 CO dit que **si la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte**, le Conseil d'administration doit immédiatement convoquer une assemblée générale et lui proposer des mesures d'assainissement. La moitié du capital-actions (100'000 / 2) = 50'000.- + la moitié des réserves légales (8'000/2) = 4'000.- = 54'000.- ne sont plus couvertes par les 53'000.- d'actifs nets (**perte de capital = actifs nets < moitié du CA + moitié des réserves légales**). Ainsi, selon l'art.

725 al. 1 CO, le Conseil d'administration va informer les actionnaires qu'Odergon SA est dans une situation de perte de capital, et le Conseil d'administration va proposer des mesures d'assainissement.

A noter qu'il faudrait d'abord payer les créanciers pour dire combien d'actifs sont à disposition pour couvrir le capital et les réserves.

1^{ère} mesure : Peut-on utiliser les réserves légales ? Oui, selon l'**art. 671 al. 3 CO**. La réserve générale = réserve selon l'**art. 671 CO** ! Elle peut être utilisée notamment pour couvrir des pertes ou prendre des mesures permettant à l'entreprise de se maintenir en temps d'exploitation déficitaire. Aussi longtemps qu'on n'a pas une réserve de plus de la moitié du CA, l'**art. 671 al. 3 CO** s'applique. Cependant, si on veut utiliser la réserve légale (**art. 671 CO**), il faut que les actionnaires l'acceptent. Les actionnaires peuvent aussi demander au Conseil d'administration de partir sur le champ. C'est par conséquent bel et bien les actionnaires selon l'**art. 725 al. 1 CO** qui décident. Dans ce cas, selon l'**art. 671 al. 3 CO**, on peut utiliser la réserve générale.

Bilan post-opération selon 671 al. 3 CO:

Actifs circulants		23'000.-	Passifs		
Banque	18'000.- (30-12)		Banque (ligne de crédit)	30'000.-	Fonds étrangers
Bois	5'000.-		Banque (hypothèque)	70'000.-	
Stocks	0.-		Réserve libre (devenue légale)	12'000.-	Fonds propres
Actifs immobilisés	130'000.-		Actions propres (959 al. 2 ch. 3 let. e CO)-		
12'000.-			**Réserve légale (671 CO)	0.-	
Machines	30'000.-		Capital-actions (621 CO)	100'000.-	
Atelier	100'000.-				
**Perte	47'000.- (55'000-8'000)				
Total	200'000.-		Total	200'000.-	

******En ayant utilisé la réserve légale de 8'000.- pour réduire la perte (**art. 671 al. 3 CO**), on n'est plus dans la situation de perte de capital (sous-bilan). Cette opération comptable est le maximum que l'on pouvait faire au niveau du bilan. Les actifs nets (153'000 -100'000 = 53'000) couvrent les 50'000.- (100'000 du CA divisé par 2). La situation de l'art. 725 al. 1 CO est écartée.

A noter que le Conseil d'administration, en pratique, devra proposer plusieurs mesures d'ordre économique.

La valeur réelle des actions est maintenant de 530.- : Actifs bruts 153'000 – fonds étrangers 100'000 = 53'000.- . 53'000/100 (actions) = 530.- par actions de valeur réelle.

Rappel théorique sur les mesures à prendre en cas de perte de capital : (livre p. 503ss.)

Lorsque la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte (l'on parle de perte en capital ou de sous-bilan en tant que variante du bilan déficitaire, à savoir l'hypothèse où les actifs ne couvrent plus intégralement le capital et les réserves légales), le Conseil d'administration doit convoquer aussitôt une assemblée générale et proposer à celle-ci des mesures d'assainissement (**725 al. 1 CO**).

S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée (notion de surendettement, cas plus grave que la perte en capital de **725 al. 1 CO**), un *bilan intermédiaire* (*bilan ad hoc*) doit être dressé et doit être vérifié par un réviseur agréé (**725 al. 2 CO**). S'il s'avère que les créances des créanciers ne sont couvertes à leur *valeur d'exploitation* (en partant du principe d'une continuation de l'activité sociale), ni à leur *valeur de liquidation* (en partant de l'hypothèse d'une liquidation), le juge doit en être avisé. Le juge doit ouvrir la procédure de faillite, à moins que l'assainissement ne paraisse possible, auquel cas il doit prendre des mesures propres à la conservation de l'actif social. Il a la possibilité de nommer un curateur (**725a al. 2 CO**).

La *question du délai* dont dispose le Conseil d'administration pour aviser le juge est controversée. Le TF et la doctrine dominante admettent que le Conseil d'administration s'efforce de prendre des mesures d'assainissement durant une brève période (allant de 4 à 6 semaines). Une partie de la doctrine estime que le juge doit être avisé aussitôt, tandis qu'un autre courant doctrinal admet que les tentatives d'assainissement (associant les créanciers importants) se poursuivent au moins aussi longtemps que les chances de succès l'emportent au moins sur les risques d'un échec.

Dans la pratique, lorsque les affaires marchent mal, il n'est pas rare que des créanciers qui sont proches de la société (notamment des actionnaires) soient disposés à souscrire une déclaration selon laquelle ils acceptent que leurs créances passent derrière celles de tous les autres créanciers, autrement dit, qu'ils ne feront valoir leurs prétentions qu'après que toutes les autres créances auront été pleinement couvertes (**déclaration de subordination de créance**). **La loi permet que de telles créances subordonnées ne soient pas considérées comme des dettes lors de l'évaluation de la situation financière de la société : aux termes de l'art. 725 al. 2 CO, le juge doit être avisé en cas de surendettement, « à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif ».** De cette manière, on entend éviter les faillites dans la mesure du possible, car elles comportent le plus souvent un démantèlement de valeurs économiques. *Cela ne veut pas dire pour autant que le créancier renonce à sa créance en acceptant la subordination*, mais qu'il ne fera valoir ses droits qu'après que tous les autres créanciers aient été entièrement désintéressés en cas de faillite ou de liquidation.

Le législateur cherche également par le biais d'une autre disposition spéciale à appuyer la survie des sociétés menacées. Dans l'hypothèse de la perte de capital et seulement, la loi permet exceptionnellement une **réévaluation massive** : lorsque la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte par suite d'une perte résultant du bilan, « les immeubles ou les participations dont la valeur réelle dépasse le prix d'acquisition ou le coût de revient peuvent être réévalués au plus jusqu'à concurrence de cette valeur afin d'équilibrer le bilan déficitaire (**670 al. 1 CO**). La loi exige que cette réévaluation soit attestée par un réviseur agréé (**670 al. 2 CO**) au nom de la protection des créanciers, que le montant de la réévaluation figure séparément au bilan comme réserve de réévaluation (**670 al. 1 CO**) et, en outre, que des indications sur l'objet et le montant des réévaluations figurent à l'annexe du bilan.

CAS n° 4 :

Plusieurs années après le rachat des actions propres Odergon SA continue à connaître des hauts et des bas, si bien que la société a encore dû renforcer son capital. Julie a pu convaincre Pierre, un ami de Jean-Paul, d'entrer dans le capital-actions à raison de 100'000.-, libérés à 20%. En outre, la tante de Julie soutient encore la société par un prêt important. Le bilan d'Odergon SA, présenté par Julie, est dès lors le suivant :

Bilan actuel d'Odergon SA

Actifs circulants	140'000.-	Fonds étrangers	280'000.-
Banque	80'000.-	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	30'000.-	Tante (prêt)	80'000.-
Stocks	30'000.-	Fournisseurs	65'000.-
Actifs immobilisés	420'000.-	Fournisseurs (nv machines)	35'000.-
Pierre (partie non libérée)	80'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Anciennes machines	45'000.-	Capital-actions	280'000.-
Nouvelle machines	105'000.-		
Atelier	190'000.-	Fonds propres	280'000.-
Total	560'000.-	Total	560'000.-

Julie sait que la solvabilité de Pierre n'est pas certaine. De plus en plus inquiète, elle cherche conseil auprès de sa tante. Elle lui explique en même temps que le renouvellement du parc de machines pose problème. La **qualité est insuffisante** au point de limiter l'utilisation des machines à raison de 1/3 du prix d'achat de 105'000.-, soit 35'000.-. La société a d'ailleurs décidé de ne pas verser au fournisseur la troisième tranche du prix (qui correspond à 35'000.-).

La tante a un bon sens des affaires, même si elle n'est pas experte en comptabilité. Elle vous demande d'évaluer la situation de la société sous l'angle juridique.

1. Etat de faits :

- Une entrée dans le capital-actions : Pierre entre pour 100'000.- et en libère 20% = 20'000.-
- Prêt de la tante de Julie de 80'000.-
- Limitation de l'utilisation des (nouvelles) machines à $1/3 = 35'000.-$
- Problème avec la solvabilité de Pierre (il s'est encore engagé pour 80'000.- non libérés)
- Décision de ne pas payer la dernière tranche de 35'000.- des nouvelles machines (=non-paiement).

2. Problèmes :

***- Evaluation des machines :** $1/3 \text{ de } 105'000 = 35'000.-$ (voir la donnée)

Art. **958c CO** : donne le *principe général de régularité* → Principe de base pour tous les autres.

Il s'agit ici d'une *correction de valeurs* (car les machines sont de mauvaises qualité) et non d'un amortissement (facteur temps).

Le principe phare est le **principe de prudence** (voir : rappel théorique ci-dessous). Il faut donc se poser la question selon le **principe de l'imparité**. On a un *bien matériel qui est réalisable*. Par conséquent, on l'inscrit au bilan selon l'art. **959 al. 2 CO**. A combien met-on ce bien dans le bilan ? On le mettra selon l'art. **960a al. 1 CO** au *prix d'achat (d'acquisition)* (105'000.-) ou au *prix de revient* (si on l'a fait nous-même). Selon l'art. **960a al. 3 CO**, si on a des facteurs qui nous poussent à descendre, on doit le faire. Ici, les machines sont de mauvaises qualités, ainsi elles perturbent notre production (problème d'efficacité économique). Il faut donc procéder à une *correction de valeur* au sens de l'art. **960a al. 3 CO**. Il faut ensuite prendre l'art. **960 al. 2 CO** qui nous rappelle le *principe de prudence* au *niveau de l'évaluation*. La conséquence du principe de prudence est la valeur la plus basse quand il s'agit d'un actif. On comptabilisera les machines à 35'000.- ($1/3$ des 105'000.-)

**** - Solvabilité de Pierre vis-à-vis de l'apport restant de 80'000.-**

Il faut regarder sous le poste « *dette actionnaire (Pierre)* » de 80'000.-. Il ne s'agit pas d'une dette, mais d'une *créance de la société*. La société, par le biais du Conseil d'administration) peut en tout temps réclamer la somme à Pierre (art. 634a CO)

Ce poste est légitime dans le bilan étant donné que c'est une *créance réalisable* (art. **959 al. 2 CO**)

Selon le *principe de prudence* au sens de l'art. **958c al. 1 let. 5 CO**. → *Principe de l'imparité* : c'est un actif, ainsi on le réduit au minimum. On va donc faire une *correction de valeur à la valeur la plus basse*, en se fiant à **960 al. 2 CO**. Rappel : ce n'est pas un amortissement car le facteur temps n'est pas touché. (A noter que si l'actionnaire ne paie pas ces 80'000.- d'apports, on va créer une charge de 80'000 dans le compte de résultat « une correction de valeur ».).

Dans le bilan ci-dessus, on va enlever les 80'000.-.

***** - Dette fournisseurs de 35'000.- à payer, mais que la société ne paiera pas**

Le principe de l'imparité (de la valeur la plus basse, la plus pessimiste) est une conséquence de l'art. **958c CO** du principe de prudence.

Ici, il s'agit d'un *problème d'intégration au bilan* (art. **959 al. 4, 5 et 6 CO**). Il faut appliquer le **principe de prudence** au sens de l'art. **958c CO**. Ici, en cas de doute = **imparité au passif**, il faut donc mettre ces 35'000.- au passif. *Pour les passifs, on va mettre la valeur la plus haute (selon le principe de prudence, on doit surévaluer les passifs)*. On part sur le principe de 35'000.- est le maximum que

l'équipementier peut nous demander car c'est la part qu'on lui doit encore. Il s'agit d'une **provision** (=dette de facto).

Cependant, si l'entreprise qui nous a vendu les machines ne vient jamais nous demander ces 35'000.-, la provision se transformera en réserve et pourra être dissoute.

Selon le bilan ci-dessus, on va laisser les 35'000.-.

Attention : Une réserve latente est une valeur cachée. Quand cela est justifié par les dispositions du CO ou de la loi, ce n'est pas une réserve latente.

Attention : IL FAUT ETRE PESSIMISTE = *Principe de prudence !* Si on est très optimiste (avantageux commercialement), ainsi on évalue trop haut les actifs, c'est faux dans les titres au sens de l'art. 251 CP!

Bilan actuel d'Odergon SA après corrections de valeurs

Actifs circulants	140'000.-	Fonds étrangers	280'000.-
Banque	80'000.-	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	30'000.-	Tante (prêt)	80'000.-
Stocks	30'000.-	Fournisseurs	65'000.-
Actifs immobilisés	270'000.-	***Fournisseurs (nv machines)	35'000.-
**Pierre	0.- (-80'000.-)	Banque (hypothèque)	70'000.-
Anciennes machines	45'000.-	Fonds propres	280'000.-
*Nouvelle machines	35'000.- (-70'000)	Capital-actions	280'000.-
Atelier	190'000.-		
Perte	150'000.- (70'000+80'000)		
Total	560'000.-	Total	560'000.-

Situation de l'entreprise suite à ces opérations d'application du principe de prudence :

Actifs brutes = 410'000 (140'000 + 270'000) – fonds étrangers de 280'000 = 130'000 d'actifs nets < 140'000 (CA 280'000/2) → **situation de sous-bilan** selon l'art. **725 al. 1 CO**. On convoque l'AG et comme mesures :

- on demandera à Pierre de verser ses apports de 80'000.- selon son engagement.
- on peut aussi *demandeur des apports supplémentaires ou dissoudre des provisions*.
- il est également possible de *postposer des créances* selon l'art. **725 al. 2 CO**. La tante pourrait postposer sa créance de 80'000.-

Il faut donc toujours que l'on couvre nos dettes, si on ne couvre plus les dettes des créanciers, on est en *surendettement* selon l'art. **725 al. 2 CO** : On devra aviser le juge.

Rappel théorique sur le principe de prudence : p. 260

Le **principe de prudence** se trouve à l'art. 960 al. 2 CO. *Ce principe prévoit que dans le doute, les actifs doivent plutôt être sous-évalués, tandis que les passifs doivent plutôt être surévalués.* L'on cherche ainsi à éviter que des bénéfices non réalisés ne soient comptabilisés et distribués aux associés.

Ce principe de prudence trouve des expressions concrètes dans le *principe de la réalisation* et dans le **principe de l'imparité** : *les bénéfices ne peuvent être reflétés dans les états financiers que lorsqu'ils ont déjà été réalisés au moment de l'écriture, partant lorsqu'une prestation peut être juridiquement réclamée.* (La valeur marchande actuelle d'un immeuble qui a pu être acheté il y a des décennies ne peut donc être reflétée au moyen d'une réévaluation avant que l'immeuble ne soit vendu. Une exception n'existe qu'en cas d'assainissement : art. 670 CO). En revanche, *les pertes doivent être comptabilisées avant leur survenance, dès qu'elles peuvent être décelées.* (La dévaluation des stocks de marchandises ne doit pas être comptabilisée après la vente seulement mais dès que les prix sur le marché d'acquisition ont changé. Et, si la valeur marchande d'un immeuble ne correspond plus au prix d'acquisition suite à une baisse des prix de l'immobilier, sa valeur au bilan doit être réduite à concurrence de cette valeur marchande.) Cela se traduit par une « imparité » dans le traitement des produits, d'un côté, et des charges, de l'autre.

Marche à suivre : (les notes marginales du Code sont importantes)

Art. 958c CO (article de base) : Invoque le **principe de régularité** qui est un principe général qui contient plusieurs sous-principes listés à l'al. 1 ch. 1 à 7. Pour ce cas, il nous indique le principe de prudence au **ch. 5. Principe de prudence général** : Est-ce que cela entre dans les comptes ?



Il faut ensuite regarder à quoi est-ce qu'on a affaire ? Doit-on le comptabiliser au bilan au sens de **959 al. 2 ss CO** ?

L'art. **959 CO** nous indique *les conditions pour la comptabilisation au bilan*. En résumé, qu'est-ce qu'on doit comptabiliser au bilan ou non. Les actifs à comptabiliser : al. 2 et 3 / Les passifs à comptabiliser : al. 4 à 7 CO.

Si cela entre dans les conditions de l'art. 959 CO, il faut donc comptabiliser.



Evaluation : A combien met-on ce bien au bilan ?

L'art. **960 CO** : concerne les *règles d'évaluation des actifs et des passifs* (plus précisément des dettes). Le **principe de prudence dans l'évaluation** est invoqué dans l'art. **960 al. 2 CO**.

Art. **960a CO** : indique comment évaluer les actifs, art. **960a al. 3 CO** importants.

Art. **960e CO** : indique comment évaluer les dettes (passifs).

CAS n° 5 :

La nouvelle technologie a finalement eu moins de succès que prévu. Les machines d'Odergon SA ont pu être adaptées et la production a repris. Frédy possède 20 titres, entièrement libérés.

La société a reconstitué son capital, mais a aussi créé de nouvelles réserves, si bien que le bilan se présente aujourd'hui comme suit :

Bilan :

Actifs		Passifs	
Actifs circulants	140'000.-	Fonds étrangers	300'000.-
Banque/Caisse	80'000.-	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	30'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Stocks	30'000.-	Fournisseurs	200'000.-
Actifs immobilisés	460'000.-	Fonds propres	300'000.-
Machines	270'000.-	Réserve légale (671 CO)	100'000.-
Atelier	190'000.-	Capital-actions	200'000.-
Total	600'000.-	Total	600'000.-

Julie, la sœur de Jean-Paul, aimerait à nouveau investir pour consolider la situation. Le Conseil d'administration de la société propose dès lors d'augmenter le capital-actions à Frs. 400'000.-. Frédy craint qu'il perde de son influence dans la société et trouve par ailleurs que celle-ci n'a pas de besoin de nouveaux fonds propres.

Questions :

1. Frédy peut-il s'opposer à l'augmentation ?
2. Peut-il exiger que les nouvelles actions soient émises à un « bon prix » ?

1. Etat de faits :

- Frédy dispose de 20 actions soit 10% du capital-actions
- Julie aimerait investir dans la société en entrant dans le capital-actions
- Augmentation proposée par le Conseil d'administration du capital-actions de 200'000.- (soit de 200'000 à 400'000). Capital actuel : 200 actions à 1000.-
- Frédy craint de perdre de l'influence dans la société et trouve l'augmentation inutile.

2. Questions :

Il s'agit d'une **augmentation ordinaire** (art. 650 ss. CO).

1. Frédy peut-il s'opposer à l'augmentation ?

La décision est prise par l'AG au sens de l'art. **650 al. 1 CO**. Frédy ne peut pas s'opposer. Il ne possède que 10% du capital-actions (20 actions). Il doit donc convaincre d'autres actionnaires pour créer une majorité. Mais impossible, car son frère Jean-Paul possède le reste du capital-actions. Il n'y a pas de condition matérielle (rien dans le CO) quant à l'*utilité d'une augmentation* ou pas du capital-actions (sous réserve de l'abus de droit). Cela sous-entend que l'on n'a pas besoin de prouver qu'il est utile d'augmenter le capital-actions. L'Assemblée générale au sens de l'art. 650 al. 1 CO décide d'augmenter le capital-actions *en opportunité*.

Cependant, le **droit de souscription préférentiel** de l'art. **652b al. 1 CO** protège Frédy par rapport aux éventuels nouveaux investisseurs. Le terme « *participation antérieure* » de **652b al. 1 CO** est la proportionnalité. C'est un *droit de participer* à l'augmentation selon l'art. **652b al. 2 CO**. C'est un *droit de payer* = les actions ne sont pas gratuites. On doit payer ce que les autres actionnaires sortants paient, donc pas de prix préférentiel, au nom de l'*égalité de traitement* (art. **652b al. 2 in fine CO** : *Nul ne doit être avantagé ou désavantagé*). Si on renonce à notre droit préférentiel, des tiers pourront acheter ces actions à notre place. Régulièrement, dans la pratique, le droit préférentiel propose des actions légèrement moins chères.

Il est possible de limiter ou restreindre le droit préférentiel sous 3 conditions :

1. **Justes motifs** (art. **652b al. 2 CO**, liste non-exhaustive) : *participation des travailleurs* : le travailleur aurait la priorité par rapport aux actionnaires sortants. **Ce qui caractérise le juste motif est l'intérêt de la société et non pas celui de l'actionnaire. Cela doit être utile à la société.**

2. Une **décision** d'augmenter le capital-actions par l'Assemblée générale qui contient directement une clause limitant ou supprimant le droit préférentiel (art. **650 al. 2 ch. 8 CO**). Pour chaque nouvelle augmentation, il faut une nouvelle décision. Il faut ainsi à chaque fois introduire une clause dans la décision.

3. **Egalité de traitement** entre les actionnaires sortants (art. **652b al. 2 in fine CO**).

Dans ce cas, le nouvel investisseur est la sœur de Jean-Paul : L'avantage pour la société d'augmenter le CA est d'augmenter les fonds propres. → *Intérêt de la société est d'avoir plus de fonds*. La provenance du capital-actions n'intéresse pas la société.

Dire « on veut la sœur », ce n'est pas un juste motif valable au sens de l'art. **652 al. 2 CO**. Si on décide l'augmentation, Frédy aura 10% des nouvelles actions et la tante 90%.

C'est une technique classique d'augmenter le capital-actions pour changer les majorités.

La société décide elle-même à combien elle veut vendre ses nouvelles actions selon le principe de la liberté contractuelle (dans les limites de 624 CO).

Dans l'idéal pour la société, il faut le vendre à la valeur réelle au min (calcul ci-dessous) :

Actifs brutes : 600'000 – Fonds étrangers 300'000 = 300'000 valeur réelle de la société

$300'000 / 200 \text{ actions} = 1500.- \text{ par actions de valeur réelle}$ → la valeur suppl. des actions est dans la réserve générale ($200 \times 500 (1500 - 1000 \text{ valeur nominale}) = 100'000$). (Agio 671 CO).

2 scénarios ci-dessous pour mieux comprendre l'influence du prix des nouvelles actions :

Rappel : le nouveau capital-actions va passer de 200 à 400 actions.

Scénario 1: augmentation à la valeur nominale :

On double le capital en vendant les 200 nouvelles actions à **1'000.- pièce**.

Bilan après augmentation du CA à la valeur nominale :

Actifs		Passifs	
Actifs circulants	340'000.-	Fonds étrangers	300'000.-
*Banque/Caisse	280'000.-	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	30'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Stocks	30'000.-	Fournisseurs	200'000.-
Actifs immobilisés	460'000.-	Fonds propres	500'000.-
Machines	270'000.-	Réserve légale (671 CO)	100'000.-
Atelier	190'000.-	*Capital-actions	400'000.-
Total	800'000.-	Total	800'000.-

*On augmente le capital-actions de 200'000 à 400'000 (200 actions nouvelles x 1000.-) = 200'000.- d'entrées. Les 200'000.- d'entrées sont mis dans l'actif du bilan dans le compte « banque/caisse ». Il n'y a pas d'agio étant donné que les actions ont été vendues à la valeur nominale.

Calcul de la valeur réelle : $800'000 - 300'000 \text{ (dettes)} = 500'000.- \text{ d'actifs nets} / 400 \text{ actions} = 1'250.- \text{ par actions de valeur réelle}$.

Scénario 2 : augmentation au-dessus du pair (de la valeur nominale) :

On double le capital en vendant les 200 nouvelles actions à **1'500.- pièce**.

Bilan après augmentation du CA à la valeur au-dessus du pair :

Actifs		Passifs	
Actifs circulants	440'000.-	Fonds étrangers	300'000.-
**Banque/Caisse	380'000.-	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	30'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Stocks	30'000.-	Fournisseurs	200'000.-
Actifs immobilisés	460'000.-	Fonds propres	600'000.-
Machines	270'000.-	**Réserve légale (671 CO)	200'000.-
Atelier	190'000.-	**Capital-actions	400'000.-
Total	900'000.-	Total	900'000.-

******On augmente le capital-actions de 200'000 à 400'000.- (200 actions nouvelles x 1'500.-) = 300'000.- d'entrées. 200'000.- sont affectés au capital-actions et les 100'000.- de plus sont affectés à la réserve légale comme agio (réserve issue du capital, art. **671 al. 2 ch. 1 CO**). Il y a un agio de 100'000 (différence entre la valeur nominale et réelle).

******Du côté des actifs, les 300'000.- d'entrées sont mis dans le compte « banque/caisse ».

Calcul de la valeur réelle : $900'000 - 300'000 \text{ (dettes)} = 600'000 / 400 = \mathbf{1'500.- \text{ par actions de valeur réelle.}}$

Comparaison des 2 scénarios et explications :

La raison du changement de valeur réelle des actions entre le scénario 1 et 2 est que dans le scénario 2, on a tenu compte de la valeur économique de la société. Cela se joue sur la réserve qui est toujours à 100'000.- dans le scénario 1, mais qui passe à 200'000.- dans le scénario 2 (Réserve + Prime à l'émission). **En vendant au-dessus du pair, on fait participer les nouveaux actionnaires à la réserve. En vendant à la valeur nominale, on ne fait pas participer les nouveaux actionnaires à la réserve.** L'égalité de traitement des actionnaires est touchée par cela. Le nombre d'actionnaires joue un rôle.

2. Peut-il exiger que les nouvelles actions soient émises à un « bon prix » ?

Frédéric veut ne pas être perdant si on augmente. Ainsi, il peut exiger que les nouvelles actions soient vendues au minimum à 1'500.-. Sinon, il y a une inégalité de traitement entre actionnaires (art. **652b al. 2 in fine CO**). → Possible d'attaquer en justice les décisions illégales de l'Assemblée générale selon l'**art. 706 CO**.

Si on ne participe pas à l'augmentation en tant qu'actionnaire sortant, on perd de sa participation et de son droit de vote (**effet de dilution**).

A noter que selon l'art. **624 CO**, les actions doivent être émises au pair ou en dessus, mais pas en dessous !

2^{ème} variante de comptabilisation pour le scénario 2 :

Bilan après augmentation du CA à la valeur au-dessus du pair :

Actifs		Passifs	
Actifs circulants	440'000.-	Fonds étrangers	300'000.-
**Banque/Caisse	380'000.-	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	30'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Stocks	30'000.-	Fournisseurs	200'000.-
Actifs immobilisés	460'000.-	Fonds propres	600'000.-
Machines	270'000.-	**Réserve légale (671 CO)	100'000.-
Atelier	190'000.-	**Prime à l'émission	100'000.-
Atelier	190'000.-	**Capital-actions	400'000.-
Total	900'000.-	Total	900'000.-

****** Il est possible de séparer au niveau comptable la prime à l'émission (agio) et la réserve légale. Les montants ne changent pas, mais le changement se fait uniquement au niveau de la façon de comptabiliser.

Rappel théorique :**Les droits au maintien du taux de participation** (p. 558 s.) :

En cas d'augmentation du capital-actions, l'actionnaire peut avoir le plus grand intérêt à acquérir du capital nouvellement créé proportionnellement à sa participation antérieure, *afin de pouvoir maintenir son taux de participation*. S'il se voit refuser cette possibilité, il perd en influence car le nombre total des droits de vote augmente, alors même que le nombre des voix dont il dispose demeure, lui, constant. De surcroît, si des actions nouvelles sont émises au-dessous de la valeur intrinsèque des actions existantes, sa participation financière se trouve diluée (effet de dilution).

Le maintien du taux de participation est assuré par le *droit de souscription préférentiel* (652b CO) et, indirectement, par le *droit de souscrire préalablement à l'emprunt*.

Le droit de souscription préférentiel (p. 559 s.) :

Ce droit appartient aux actionnaires en cas d'augmentation du capital-actions proportionnellement à leur participation antérieure (art. 652b al. 1 CO). Ce droit fait l'objet d'une protection particulière. Il ne peut être supprimé qu'exceptionnellement, et dans le respect de conditions déterminées (art. 652b al. 2 CO, 652e ch. 4 CO, 652f CO) :

- Ce droit ne peut être supprimé que dans le cadre d'une décision concrète d'augmentation du capital ;
- Une majorité qualifiée est requise à cette fin (art. 704 al. 1 ch. 6 CO) 652b al. 2 → 704 al. 1 ch. 6 CO ;
- Ce droit ne peut être supprimé que pour justes motifs (652b al. 2 CO) ;
- *Nul ne doit être avantagé ou désavantagé* de manière non fondée par la suppression du droit de souscription préférentiel (art. 652b al. 2 CO) ;
- Le pouvoir de supprimer ce droit appartient à l'AG ;
- La *suppression du droit de souscription préférentiel doit faire l'objet d'un rapport écrit* du CA (rapport d'augmentation), qui doit être vérifié par un réviseur agréé (art. 652e ch. 4 et 652f al. 1 CO) ;
- Un *droit de souscription préférentiel absolument inaliénable* est prévu à l'art. 732a al. 2 CO lorsque, dans le contexte d'une réduction du capital, le capital-actions est ramené à zéro puis augmenté à nouveau.

Absence de droit au maintien du montant du capital-actions : (p. 564 s.)

L'acquisition de nouvelles actions représente toujours *un droit* et non une obligation de l'actionnaire. L'actionnaire doit tolérer l'émission de nouvelles actions ; il n'a *aucun droit au maintien du capital-actions à son niveau actuel*. La décision d'augmenter le capital peut néanmoins être constitutive d'*abus de droit*.

Si l'actionnaire renonce à l'exercice de son droit de souscription préférentiel, il doit accepter **une dilution de la valeur de sa participation** et du poids du vote.

A noter que le droit futur améliorera la protection des actionnaires existants, en exigeant en principe que les actions nouvelles soient émises à la valeur réelle des actions existants (art. 652b al. 5 pCO).

CAS n° 6 :

Entre temps, Frédy a définitivement quitté la société et Julie a repris ses actions. La tante de Julie continue par ailleurs à soutenir la société par un prêt important.

Malgré tous les efforts, les problèmes se sont accentués. Aujourd'hui Odergon SA présente un bilan qui fait état de sérieuses difficultés :

Bilan initial selon donnée cas 6 :

Actifs		Passifs	
Actifs circulants	100'000.-	Fonds étrangers	280'000.-
Banque/Caisse	40'000.-	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	30'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Stocks	30'000.-	Fournisseurs	100'000.-
Actifs immobilisés	420'000.-	Tante	80'000.-
Machines	230'000.-	Fonds propres	480'000.-
Atelier	190'000.-	Capital-actions	480'000.-
Perte	240'000.-		
Total	760'000.-	Total	760'000.-

Julie aborde sa tante dans ce contexte. Celle-ci ne veut pas renoncer à sa créance, mais elle donne son accord de principe de devenir éventuellement actionnaire de la société.

Julie, intéressée par cette perspective et inquiétée en même temps, vous demande conseil et aimerait savoir si et comment il est possible d'intégrer sa tante dans la société.

1. Etat de faits :

- Frédy n'est plus actionnaire.
- Julie a repris les actions de Frédy.
- La tante prête 80'000.- à la société (créance en sa faveur). Elle ne veut pas renoncer à sa créance, mais donne un accord de principe pour devenir actionnaire.
- Odergon SA a des difficultés financières : 240'000.- de perte au bilan.

2. Analyse du bilan de la donnée (sous l'angle de l'art. 725 CO)**Situation de sous-bilan ou de (perte de capital) (art. 725 al. 1 CO) ?**

La moitié du capital-actions = 240'000.- (**art. 725 al. 1 CO**) doit être couverte par les actifs bruts – les fonds étrangers (520'000 – 280'000) = 240'000.-. Ainsi, la moitié du capital-actions est encore couverte (de justesse). Nous ne sommes pas en sous-bilan (ou perte de capital) ! ATTENTION : *La perte figure à l'actif du bilan, mais en réalité, elle n'est pas un actif*. Le Conseil d'administration n'a donc pas besoin de convoquer une assemblée.

Situation de surendettement (art. 725 al. 2 CO) ?

Nous ne sommes pas en surendettement. Les actifs bruts (520'000.-) ont plus de valeurs que les dettes (280'000.-). L'art. **725 al. 2 CO** parle de « *dettes sociales* » qui correspondent aux fonds étrangers dans le bilan.

Ainsi, les 280'000.- de fonds étrangers doivent être plus petit < que les 520'000.- d'actifs bruts. Ce qui est le cas, ici. *Le surendettement commence quand il n'y a « plus de capital-actions »*. Le Conseil d'administration n'a ainsi pas besoin d'informer le juge.

Question 1 : Comment intégrer la tante comme nouvelle actionnaire ?

3. Intégration de la tante dans le capital-actions :

Augmentation du capital-actions de 80'000.- (par le biais du prêt de la tante) :

La société dispose ainsi d'une *créance* contre celui qui souscrit aux nouvelles actions (créance contre le souscripteur, la tante). De son côté, la tante dispose toujours d'une créance de 80'000.- contre la société.

La tante est en droit de toucher ses actions, mais elle a l'obligation de les payer. Il est possible de *compenser* selon l'**art. 120 CO : libération par compensation** ! L'**art. 652c CO** invoque la libération des apports. Il renvoie aux règles sur la fondation de la SA → **629ss CO**. L'**art. 634a al. 2 CO** concerne la libération ultérieure ce qui n'est pas le cas ici. L'**art. 635 ch. 2 CO** concerne le *rapport des fondateurs* : Ces derniers doivent faire un rapport qui mentionne l'existence de la dette et de la réalisation des conditions nécessaires à sa compensation (*les fondateurs doivent mentionner que la dette de la tante existe, ainsi que les conditions de la compensation soient remplies, car la tante est d'accord*) → L'**art. 635a CO** demande qu'un *réviseur agréé* vérifie le rapport de fondation et atteste par écrit son exactitude.

Attention : Art. 652e ch. 2 CO : Ce que le Conseil d'administration doit faire et indiquer dans le rapport d'augmentation, alors que l'**art. 635 ch. 2 CO** est le renvoi général. Le législateur n'a pas bien fait son boulot.

Conditions de la compensation:

- Existence de la créance : ok !
- Accord de la tante : ok !
- Accord de la société : ok !

Ainsi, on pourra augmenter le capital-actions par compensation de la dette que la tante a envers la société! On va émettre 80 nouvelles actions à 1'000.-.

Bilan après augmentation directe du capital-actions de 80'000.-

Actifs		Passifs	
Actifs circulants	100'000.-	Fonds étrangers	200'000.-
Banque/Caisse	40'000.-	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	30'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Stocks	30'000.-	Fournisseurs	100'000.-
Actifs immobilisés	420'000.-	<i>*Tante</i>	<i>0.-</i>
Machines	230'000.-	Fonds propres	560'000.-
Atelier	190'000.-	<i>*Capital-actions</i>	<i>560'000.-</i>
Perte	240'000.-		
Total	760'000.-	Total	760'000.-

4. Calcul de la valeur réelle de l'action après augmentation directe par compensation:

Actifs bruts : 520'000 – 200'000 de fonds étrangers = 320'000 d'actifs nets / 560 actions = **570.-** de valeur réelle par action.

L'action à une valeur réelle (570.-) qui vaut moins que l'action à la valeur nominale (1'000.-).

Calcul de la valeur réelle des actions avant l'augmentation par compensation:

520'000 – 280'000 = 240'000.- d'actifs nets / 480 actions = **500.-**

Autre variante de calcul : Perte / Capital-actions = 240'000/480'000 = 500.-

Ainsi, nous avons émis les 80 nouvelles actions à leur valeur nominale, mais l'action était d'une valeur réelle inférieure à la valeur nominale ! Ainsi, la tante n'aura aucun intérêt à acheter des actions à 1'000.- pièce, alors qu'elles valent en réalité 570.- pièce. Sinon, elle éponge la dette. Il faut d'abord assainir le bilan en réduisant ou en supprimant la perte (art. 735 CO) avant d'intégrer la tante dans le capital.

Il faudrait donc faire une réduction du capital puis une augmentation :

5. Etape 1 : Réduction du capital-actions pour assainir la perte (art. 735 CO)

Que faut-il faire pour réduire le capital-actions et assainir la perte ?

Il faut *réduire le capital-actions de 240'000.-*, ce qui correspond au montant de la perte (on réduit donc de 480'000 de capital-actions à 240'000).

Bilan après réduction du capital-actions de 240'000.-

Actifs		Passifs	
Actifs circulants	100'000.-	Fonds étrangers	280'000.-
Banque/Caisse	40'000.-	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	30'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Stocks	30'000.-	Fournisseurs	100'000.-
Actifs immobilisés	420'000.-	Tante	80'000.-
Machines	230'000.-	Fonds propres	240'000.-
Atelier	190'000.-	**Capital-actions	240'000.-
**Perte	0.-		
Total	520'000.-	Total	520'000.-

******La valeur nominale des actions ne sera plus de 1000.- mais de 500.-. Il faudra modifier cette valeur dans les statuts (art. **732 al. 1 CO**). *Cette valeur nominale correspond à la valeur réelle (500.-).* Ainsi, il n'y a plus de valeur nominale artificielle.

****La réduction déclarative (art. 735 CO)** libère le chemin à l'augmentation. On assainit le bilan puis ensuite, on peut commencer à augmenter. Sinon, personne ne voudra amener de l'argent frais, dès lors que l'on n'a pas fait le ménage dans le bilan. Avec cela, on réduit une créance en défaveur de notre entreprise (prêt de la tante).

6. Etape 2 : Augmentation du capital-actions après la réduction :

Maintenant que le capital a été assaini, il est possible d'augmenter le capital afin d'intégrer la tante dans ce dernier :

Bilan après augmentation du capital-actions de 80'000.-

Actifs		Passifs	
Actifs circulants	100'000.-	Fonds étrangers	200'000.-
Banque/Caisse	40'000.-	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	30'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Stocks	30'000.-	Fournisseurs	100'000.-
Actifs immobilisés	420'000.-	***Tante	0.-
Machines	230'000.-	Fonds propres	320'000.-
Atelier	190'000.-	***Capital-actions	320'000.-
Total	520'000.-	Total	520'000.-

*******On fait une libération par compensation (art. 120 CO).

Calcul de la valeur réelle des actions après l'augmentation :

520'000 d'actifs – 200'000 de fonds étrangers = 320'000 / 640 actions = 500.-

Lors de la réduction, nous avons réduit la valeur nominale des actions de 1'000 à 500.-. Cette valeur nominale a été par conséquent modifiée dans les statuts de la société. Il y avait dès lors 480 actions à 500.-. Avec la création de nouvelles actions pour 80'000.-, nous avons 160 actions en plus à 500.- = **640 actions !**

Pour calculer le nombre de nouvelles actions à émettre :

80'000.- (prêt tante) / 500 (valeur nominale par action) = 160 nouvelles actions à émettre.

********Le but est d'éponger la perte pour avoir un bilan propre. Ainsi d'avoir une valeur nominale égale à la valeur réelle. On revient à la situation d'après fondation. On adapte la situation juridique à la situation économique.*

Pour rappel : la tante aurait été perdante si elle avait obtenu des actions sans que l'entreprise ait assaini son bilan. Car elle aurait acheté des actions à une valeur nominale plus haute que la valeur réelle de la société.

Julie est donc intéressée car cela lui permet d'assainir la société. Mais inquiète, car la tante devient actionnaire, et si tout à coup, elles ne s'entendent plus... !

CAS n° 7

Julie possède à présent 360 actions à 500.-, Jean-Paul en a 120 et la tante de Julie a reçu 160 actions lors de son entrée dans Odergon SA. Malgré les opérations effectuées, la tante a de nouveau dû accorder des crédits : d'abord jusqu'à concurrence de fr. 100'000.-, puis au fil des mois jusqu'à un montant qui atteint à présent fr. 400'000.-.

Le bilan de la société se présente dès lors comme suit :

Bilan initial selon donnée cas 7 :

Actifs		Passifs	
Actifs circulants	100'000.-	Fonds étrangers	600'000.-
Banque/Caisse	40'000.-	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	30'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Stocks	30'000.-	Fournisseurs	100'000.-
Actifs immobilisés	140'000.-	Tante	400'000.-
Machines	50'000.-	Fonds propres	320'000.-
Atelier	90'000.-	Capital-actions	320'000.-
Perte	680'000.-		
Total	920'000.-	Total	920'000.-

Julie et sa tante tombent d'accord pour procéder à une diminution du capital-actions à fr. 0.- suivie immédiatement d'une réaugmentation. L'augmentation serait libérée par Julie proportionnellement à sa participation actuelle et par sa tante pour le reste, par compensation (partielle) avec sa créance.

La tante est de surcroît d'accord de renoncer ultérieurement au reste de sa créance, mais sans le communiquer à l'assemblée générale.

Jean-Paul ne veut et ne peut participer à une nouvelle augmentation. Il juge l'augmentation insuffisante pour sauver la société et à son désavantage.

Malgré cette opposition, Julie et sa tante maintiennent leur proposition, si bien que celle-ci est adoptée par l'assemblée générale et exécutée immédiatement. La tante souscrit à la part de l'augmentation qui correspond à sa participation antérieure, ainsi qu'aux 120 actions de Jean-Paul. Quelques jours plus tard, elle renonce effectivement au reste de sa créance.

Question :

Jean-Paul vient vous voir et vous demande si le procédé était correct et s'il doit effectivement accepter cette façon de faire.

1. Etat de faits :

Rappel : les actions ont une valeur nominale de 500.-.

- Julie : 360 actions / Jean-Paul : 120 actions / la tante de Julie : 160 actions ;
- Tante a accordé un nouveau prêt de 400'000.- (figure au bilan) ;
- Julie + la tante décident de réduire le capital-actions à 0.- et de la réaugmentation immédiate à la hauteur d'avant ;
- Julie libérera proportionnellement à sa participation actuelle / Tante libérera par compensation de son nouveau prêt ;
- Jean-Paul ne veut pas souscrire à l'augmentation et la tante reprend sa part d'augmentation. La tante reprend 280 actions. Elle reprend les 120 actions de Jean-Paul ;
- La tante renonce effectivement au reste de sa créance.

2. Question : Les droits de Jean-Paul sont-ils bafoués ?

Au niveau du nombre d'actions, on peut reprendre les chiffres initiaux.

3. Analyse du bilan :

Situation de sous-bilan (perte de capital) (art. 725 al. 1 CO) ? :

Actifs bruts 240'000 – Fonds étrangers 600'000.- = - 360'000.- < que 160'000.- (1/2 CA) !
La société est ainsi en tout cas en situation de sous-bilan.

Situation de surendettement (art. 725 al. 2 CO) ?

Actifs bruts de 240'000 en comparaison avec les 600'000 de fonds étrangers (dettes sociales) ! Les 240'000.- ne couvrent plus les dettes. Ceci est un fort surendettement.

Il faut donc prévoir un assainissement et probablement informer le juge.

4. Possibilité d'assainissement :

Art. 732 al. 1 CO : En principe, une société qui réduit le capital modifie les statuts (626 ch. 4 CO). Cependant, il est possible de ne pas modifier les statuts. 1^{ère} exigence : « sans remplacer **simultanément** le montant », *a contrario*, cela veut dire que l'on réduit d'un coup, puis on réaugmente directe = **accordéon**, on peut se passer de modifier les statuts ! On réduit dans les statuts de 320'000.- à 0.-, puis on réaugmente directe au même niveau, soit à 320'000.-. + 2^{ème} exigence : le nouveau capital doit être **libéré entièrement**. Cela veut dire que si on ne libère pas entièrement, mais partiellement, on doit modifier les statuts. Le fait que le capital-actions n'est pas libéré entièrement doit être mentionné dans les statuts (art. 732 al. 1 CO – art. 626 ch. 4 CO).

Dans ce cas, les deux exigences sont remplies !

Bilan après réduction du capital- actions à 0.-

Actifs		Passifs	
Actifs circulants	100'000.-	Fonds étrangers	600'000.-
Banque/Caisse	40'000.-	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	30'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Stocks	30'000.-	Fournisseurs	100'000.-
Actifs immobilisés	140'000.-	Tante	400'000.-
Machines	50'000.-	Fonds propres	0.-
Atelier	90'000.-	*Capital-actions	0.-
*Perte	360'000.-		
Total	600'000.-	Total	600'000.-

*Le capital-actions a été réduit à 0.-, ce qui nous permet de réduire la perte (680'000 – 320'000) à 360'000.-.

5. Réaugmentation directe du capital-actions:**Bilan après réaugmentation du capital- actions à 320'000.-**

Actifs		Passifs	
Actifs circulants	280'000.-	Fonds étrangers	460'000.-
**Banque/Caisse	220'000.-	Banque (ligne de crédit)	30'000.-
Bois	30'000.-	Banque (hypothèque)	70'000.-
Stocks	30'000.-	Fournisseurs	100'000.-
Actifs immobilisés	140'000.-	**Tante	260'000.-
Machines	50'000.-	Fonds propres	320'000.-
Atelier	90'000.-	**Capital-actions	320'000.-
**Perte	360'000.-		
Total	780'000.-	Total	780'000.-

Calcul de la participation au nouveau du capital-actions :

Julie souscrit 360 actions à 500.- de valeur nominale = 180'000.- et la tante souscrit à 160 (80'000.-) + 120 actions de J-P (60'000.-) = 140'000.-. Au total, cela fait 320'000.-, soit le même capital-actions qu'auparavant.

Quel mode de libération ?

****Julie** : libère les 180'000.- en espèce. C'est la règle de base. Les 180'000.- sont ajoutés à la banque.

******La tante : libère (80'000 + 60'000) 140'000.- par compensation. Ceci explique la réduction du montant du prêt (400'000 – 140'000). Nous avons dit convertit *une partie de sa créance* contre du capital-actions. Le 140'000.- se trouve dans le capital-actions.

Analyse du bilan après réaugmentation :

Situation de sous-bilan (art. 725 al. 1 CO) ?

Actifs bruts 420'000 – Fonds étrangers 460'000 = - 40'000.- < 160'000.-. On est ainsi en tout cas en sous-bilan.

Situation de surendettement (art. 725 al. 2 CO) ?

420'000 < 460'000.- Les dettes dépassent les actifs ! On est donc *toujours en surendettement* !

On a rempli également les exigences de l'art. **732 al. 1 CO** (cf. ci-dessus). Mais on reste dans le surendettement ! Julie a apporté 180'000.- dans la réaugmentation. Elle n'aurait pas dû. En cas de faillite, elle va perdre l'ensemble de son apport (On procédera d'abord au désintéressement des créanciers, art. **742 ss CO**). La tante va perdre une partie de sa créance (les 140'000.- du prêt sont compensés en actions). Avec le reste de sa créance (260'000.-), elle pourra essayer de récupérer une partie en tant que créancière (art. **742 ss CO**).

ATTENTION : On n'est pas censé savoir que la tante renonce effectivement au reste de sa créance (cf. donnée) ! Or, la tante ne souhaitait pas que l'Assemblée générale le sache. Jean-Paul ne le savait pas. Ainsi, si Jean-Paul avait été au courant, il aura analysé la situation différemment.

Quels sont les enjeux pour Jean-Paul ? Le procédé est-il correct ?

Art. 732a al. 1 CO : Lorsque nous sommes à 0.-, les actions sont détruites. Les actionnaires n'ont plus rien, les actions détruites n'existent évidemment plus. Malgré la destruction des actions, l'art. **732a al. 2 CO** ajoute un **droit de souscription préférentiel** dont dispose les actionnaires sortants. Ce droit ne peut pas leur être retiré. *L'actionnaire sortant a un droit de rester dans l'entreprise. Ainsi, on ne peut pas interdire à Jean-Paul de rester dans la société.* Le but de l'art. **732a al. 2 CO** est de maintenir les actionnaires sortants dans la société, car ils sont « *matériellement* » éjectés suite à la destruction de leurs actions. La loi protège les anciens actionnaires, protection forte ! *Jean-Paul ne pourra pas se défendre contre le vote de réduction, mais il pourra exiger de participer à la réaugmentation.* Il aurait cependant fallu proposer à Jean-Paul de participer à la réaugmentation. *Le fait de passer outre est un motif pour annuler la décision selon l'art. 706 CO (action en annulation des décisions de l'AG).* (732a al. 2 → 706 CO)

Autre hypothèse : Si Jean-Paul a refusé, on peut dire « je te reprends tes parts » ! Les actionnaires doivent donc prendre deux décisions : 1. voter à l'AG et 2. exercer leur droit préférentiel de souscription.

Selon art. **732a al. 1 CO**, il y a des 3 conditions :

1. A des fins d'assainissement = ok, selon jurisprudence, il faut qu'on soit en surendettement.

2. Il faut un plan d'assainissement : notamment que la tante va renoncer au reste de sa créance, soit 260'000. On ne sera ainsi plus en situation de surendettement. La jurisprudence dit qu'après le plan d'assainissement, la société ne doit plus être en surendettement. Sinon, cela n'est pas valable.

3. Il faut informer sur le plan d'assainissement avant la décision de l'Assemblée générale. Les actionnaires doivent pouvoir émettre leur volonté en connaissant les infos nécessaires. Ce droit protège les actionnaires minoritaires.

Toujours selon l'art. **732a CO** : le « *coup d'accordéon* » doit offrir des perspectives raisonnables d'assainissement durable. Partant, un assainissement durable et sérieux, et cela exclut la situation de postposition (ATF 138 III 204 ; JdT 2013 II 356).

Problème : Jean-Paul n'était pas au courant. Un *défait d'informations* peut justifier d'annuler une décision. *Action d'annulation* → art. **706 CO** !

A noter qu'on aurait pu invoquer le système de la *postposition des créances*. Afin que le juge ne tienne pas compte des créances. !

Rappel :

Lorsqu'on fait une *réduction totale*, suivi d'une *réaugmentation similaire* au sens de l'art. **732 al. 1 CO**, on n'a pas besoin de modifier les statuts. Lorsqu'on fait une *réduction partielle* (comme dans le cas n° 6 par exemple), on doit faire une adaptation des statuts. Ce qui a un coût → notaire : acte authentique !

Dans ce cas, le but était de faire sortir un actionnaire en l'occurrence Jean-Paul !

Hypothèse : On aurait pu éventuellement essayer de monnayer le départ de Jean-Paul !

Code annoté :

Pour l'art. **732a CO**, l'ensemble des conditions se trouvent dans la jurisprudence en bas de page.

La **théorie sur la réduction du capital-actions** se trouve dans le document PDF sur le cas n° 6, y compris le « *coup d'accordéon* ».

Cas n° 8

Le *Restauroute de la Broye SA*, avec un capital-actions de CHF 800'000.- réparti en 800 actions nominatives de CHF 1'000.- chacune, contient dans ses statuts la clause suivante :

Le conseil d'administration peut refuser l'inscription d'un acquéreur d'actions qui n'est pas domicilié dans l'une des communes du district de Broye-Vully (canton de Vaud) ou du district de la Broye (canton de Fribourg).

Carlo Grivelli, domicilié au Landeron (canton de Neuchâtel) a acheté en automne 60 actions du *Restauroute de la Broye SA*. Sa demande d'inscription du 1^{er} septembre dernier a été refusée par le Conseil d'administration, par lettre du 30 septembre, pour le motif que Carlo Grivelli ne remplissait pas les conditions de domiciles.

Carlo Grivelli conteste le droit de la société de le refuser comme actionnaire. Mais de guerre lasse, il demande finalement que la société fasse constater par le juge la valeur réelle des actions, ou qu'elle les lui reprenne au prix de CHF 2'200.- la pièce (prix auquel il les a achetées). La société répond, par une lettre assez sèche, datée du 10 novembre, qu'elle serait d'accord, d'acheter les titres mais pour un prix maximal de CHF 1'800 l'action. Carlo Grivelli refuse par retour du courrier.

Carlo Grivelli vient vous voir. Il vous demande :

- Si la société a refusé l'inscription à juste titre ;
- Quelle est maintenant la position juridique dans laquelle il se trouve.

1. Etat de faits :

- SA avec 800'000.- (800 actions nominatives à 1'000.-)
- But de la société : Restauroute en Broye
- *Clause statutaire (Clause d'agreement)* limitant la possibilité de devenir actionnaire en fonction de son domicile.
- Carlo Grivelli domicilié au Landeron (NE) a acheté 60 actions. Il a demandé l'inscription au registre des actionnaires.
- Le Conseil d'administration refuse de l'inscrire car il ne respecte pas la clause statutaire de domicile.
- C. Grivelli demande la constatation de la valeur réelle des actions par le juge ou reprise par la société des actions pour 2'200.- par unité.
- La société propose de racheter les 60 actions pour 1'800.- par action.
- C. Grivelli refuse !

Question 1 : Est-ce que la société a refusé l'inscription à juste titre ?

Précision : Il s'agit d'une société non cotée !

Est-ce que la clause est valable ? Conditions :

1. Art. **684 al. 1 / 685a CO** : il faut une *base statutaire* = ok. Une décision prise par l'AG ne suffit pas (forme authentique, inscription au RC, art. **685a al. 1 CO** → art. **627 ch. 8 CO**). Cela est important, car c'est un élément de transparence pour ceux qui ne sont pas encore actionnaires. = condition remplie

2. Art. **685b al. 1 CO** : *Juste motif formulé dans les statuts* (il faut indiquer pour quel juste motif). = condition remplie

3. **les justes motifs formulés dans les statuts doivent être valables.** Formulation concrète ! Pour savoir si le motif est juste, ainsi justifier cette limitation : art. **685b al. 2 CO** : 1. Un *but social* (dans ce cas, il s'agit de l'exploitation d'un restaurant au bord de l'autoroute dans la Broye) ou 2. *L'indépendance économique* (Une SA appartient toujours aux actionnaires, elle reste dépendante des actionnaires. Cependant, ce critère est difficile) = NON !

Hypothèse sur le but social : Si on avait vraiment *l'idée de vouloir la cuisine broyarde*, cela aurait une influence sur les gérants, le personnel. Mais pas sur les actionnaires ! Cela ne justifie pas une priorité aux domiciliés dans l'actionnariat. Il est possible d'avoir de la cuisine broyarde, même si l'actionnariat n'est pas domicilié dans la région.

Hypothèse sur le but social : Si on n'a l'actionnariat, on a les impôts → intérêts fiscaux des communes du district. Mais ceci ne concerne pas le but de la société.

Hypothèse sur l'indépendance économique : On pourrait dire que l'intégration dans un groupe de sociétés fait que la société n'est plus indépendante par rapport à son but, mais sert un but d'une autre société. C'est donc différent que si l'actionnariat est régional. Il aurait

cependant fallu faire une clause différente en disant que le fait d'acquérir beaucoup d'actions de la société dans le but de l'intégrer dans une grande société ne va pas. Ici, seul un actionnaire change par le biais de 60 actions, donc on ne peut pas dire que l'indépendance économique est touchée. Si, C. Grivelli avait acheté 30% du capital-actions, ça aurait été différent.

Dans notre affaire, le critère discutable pourrait éventuellement être le but social. Le domicile de l'actionnaire n'est pas déterminant pour atteindre ce but. C'est ainsi exagéré.

La clause statutaire n'est par conséquent pas valable. Ce qui fait que le **refus sec** d'inscrire C. Grivelli n'est pas valable. (Si la clause était valable, le refus sec aurait été possible. Donc C. Grivelli devrait rentrer à la maison avec ses actions qui ne lui appartiennent pas, ainsi inutilisables. C. Grivelli devrait ainsi s'arranger avec le vendeur. C. Grivelli aurait dû mettre une condition suspensive dans le contrat de vente).

La société a également la possibilité du **refus contre paiement (clause échappatoire** au sens de l'art. **685b al. 1 2^{ème} partie CO** qui ne nécessite pas de juste motif) : 1. On vise la valeur réelle. 2. Rachat des titres pour la société elle-même, pour d'autres actionnaires ou pour des tiers. 3. La société doit faire une offre au moment de la requête d'inscription au registre des actionnaires (rien de plus, cela ne signifie pas l'acceptation). *Dans la pratique*, c'est l'aliénateur qui vient en disant qu'il a vendu ces titres et que la société doit faire une offre. *Selon la jurisprudence, l'aliénateur et l'acquéreur ont chacun le droit de le faire.*

ATTENTION : Une clause d'agrément « normale », c'est-à-dire avec l'indication des justes motifs, suffit pour un refus contre paiement. Il n'est pas nécessaire de mentionner expressément cette possibilité dans la clause puisque le refus contre paiement découle alors directement de la loi (art. **685b al. 1 CO**). Pour le refus contre paiement, il faut une clause statutaire qui supprime la transmissibilité des actions (art. **684 al. 1 CO**), même si elle ne dit rien de plus. Le refus contre paiement n'est pas possible sans clause dans les statuts. *La faculté de refuser contre paiement ne découle directement de la loi qu'à partir du moment où les statuts suppriment le principe de la transmissibilité (art. 684 al. 1 CO).*

Application : art. **685b al. 5 CO** : L'acquéreur peut demander que le juge du siège de la société détermine la valeur réelle. Sur demande d'une des parties au contrat (acquéreur ou aliénateur), le juge peut estimer la valeur réelle. Une fois que le juge a donné la valeur, c'est l'acquéreur ou l'aliénateur qui doit dire s'il est d'accord ou pas avec le prix correspondant à la valeur réelle calculée par le juge. De plus, la société supporte les frais d'évaluation. Art. **685 al. 6 CO** : Si acquéreur ou aliénateur qui a agi ne rejette pas l'offre de reprise dans le délai d'un mois, l'offre est réputée acceptée. L'acquéreur ou aliénateur peut donc accepter ou non la proposition du juge. S'il y a refus, l'ancien actionnaire reste actionnaire de la société. Cependant, la société est tenue d'accepter car elle doit faire une offre à la valeur réelle (art. **685b al. 1 CO**). *Si elle donne une autre valeur, c'est priorité à l'offre du juge.* Il y a la volonté de protéger l'actionnaire minoritaire. L'actionnaire qui aura voulu vendre ne pourra pas le faire, il est donc libre d'accepter ou pas l'offre du juge. A noter que l'actionnaire majoritaire a tout en main, donc il fait ce qu'il veut, il peut changer les statuts notamment.

Application des dispositions du CO à notre cas :

C. Grivelli : propose un prix d'achat des actions à 2'200.- pièce. Il dit ou bien vous m'inscrivez ou bien vous payer 2'200.-. Il ne dit pas que c'est la valeur réelle, mais contractuelle. Il a cependant fait son calcul. La société répond par une contre-offre de 1'800.- maximum par action. Carlo Grivelli refuse l'offre de la société. Il faut donc regarder dans l'art. **685c al. 3 CO** : Il y a une *présomption d'acception dans le délai de 3 mois si la société n'a rien fait* (art. **685c al. 3 1^{ère} partie CO**). Cependant, dans ce cas, cela concerne l'art. **685c al. 3 in fine CO** : Ici, la société a refusé à tort en se basant à tort sur la clause qui n'est pas valable. De plus, la société a offert un prix de 1'800.- : on ne sait pas si elle a offert la vraie valeur réelle ou pas. C. Grivelli pourrait tenter une *action en inscription au RC* en disant que la société a donné une fausse valeur réelle de 1'800.-. Il doit pour cela amener une expertise prouvant que la valeur réelle est plus haute. Ainsi, le juge devra trancher. La société doit donc faire une offre à la valeur réelle : elle devrait faire une expertise pour s'assurer la bonne valeur. Carlo va donc gagner son action et devra être inscrit dans le registre des actionnaires.

Ce système fait que la société doit supporter le risque de l'évaluation des actions. La société a intérêt à donner une valeur réelle correcte, car sinon Carlo pourra demander une expertise au frais de la société (art. **685b al. 5 CO**). Si la société a fait une offre à la valeur réelle, c'est en ordre, sinon elle aura un problème.

En résumé, les sociétés peuvent refuser un nouvel actionnaire, mais doivent racheter les actions à la valeur réelle au sens de l'art. **685b et ss. CO**!

Question 2 : Dans quelle position juridique se trouve C. Grivelli ?

Au jour d'aujourd'hui, il peut seulement demander d'être inscrit (la société a refusé à tort 685 al. 3 *in fine* CO). Le délai de 3 mois (art. **685c al. 3 CO**) est dépassé car il faut prendre la date du moment de la requête d'inscription, soit le 1^{er} septembre.

La société devra inscrire C. Grivelli dans son registre des actionnaires (art. **686 ss CO**).

Rappel théorique général sur la restriction de transmissibilité des actions

1. Transmissibilité des actions

Dans un **SA typique**, la transmissibilité du sociétariat est totalement libre : la personne de l'actionnaire n'a aucune importance (§16 n° 305ss p. 584.). La liberté de transmission est garantie lorsque le sociétariat est incorporé dans une action « au porteur » (art. 683 CO) ou dans une « action nominative ordinaire » (art. 684 CO) car, pour ces catégories d'actions, la remise du titre ou le respect de prescriptions de pure forme (endossement) suffisent, en simplifiant quelque peu, pour opérer un changement d'associé opposable à la société anonyme. Cette dernière ou ses organes ne peuvent influencer en aucune manière sur la transmission du sociétariat (§3 n° 63 p. 122).

Dans une **SA atypique** comportant des éléments personnalistes prononcés, la société doit pouvoir influencer sur la composition de l'actionnariat. Les SA ouvertes au public peuvent même tenir à restreindre le nombre des actions détenues en une seule main, afin de rendre plus difficiles les OPA hostiles. Cela peut être atteint moyennant une *restriction de la transmissibilité des actions* (Vinkulierung) (§16 n°s 305ss p. 584.). La SA peut agir sur le cercle des actionnaires au moyen des *clauses statutaires* (art. 685a al. 1 CO), *en restreignant la transmission des actions*. Le droit actuel limite de façon décisive les possibilités de restreindre la transmissibilité des actions (§3 n° 65). Les conditions du transfert des actions nominatives liées correspondent d'abord à celles prévues pour les actions nominatives ordinaires. La différence d'avec celles-ci tient à ce que les statuts subordonnent la reconnaissance comme actionnaire au respect de certains critères ; partant, le droit de l'acquéreur à être reconnu comme actionnaire est assorti de certaines conditions (§16 n° 307 p. 584).

1.1 Les améliorations de la transmissibilité (soit de la négociabilité des actions nominatives cotées en bourse) (**sociétés publiques**) (art. 685d CO et titre final art. 4) ont été particulièrement radicales en comparaison avec l'ancien droit (§16 no 310 p. 585):

- En principe, seul une **clause du pour-cent (ou clause d'agrément de pourcentage)** est autorisée pour ces sociétés ouvertes au public (art. **685d al. 1 CO**). Cette clause est complétée d'une disposition aux termes de laquelle un acquéreur d'actions peut être refusé s'il ne déclare pas expressément avoir acquis les actions « en son propre nom et pour son propre compte » (art. **685d al. 2 CO**), ainsi que de l'obligation de reconnaître les acquéreurs comme actionnaires s'ils ont acquis les actions par succession, partage successoral ou en vertu du régime matrimonial (art. **685d al. 3 CO**). (De plus, cela a pour but de ne pas entraver le fonctionnement des marchés financiers, soit la bourse selon slides n° 9 de STOFFEL).

1.2 La transmissibilité pour les actions nominatives non cotées en bourse (**sociétés privées**) (art. **685b CO**) (§16 n° 311 p. 586) :

- La société peut refuser le transfert des actions « en invoquant un *juste motif* prévu par les statuts » (**clause d'agrément de « justes motifs »**) (art. **685b al. 1 CO**). Le « juste motif » pourrait correspondre à la cause objective. Il s'agit notamment de clauses statutaire ayant pour objet d'exclure l'acquisition d'actions par des concurrents ou de garantir la présence de qualités personnelles que les actionnaires doivent posséder pour que le but social soit atteint (par. Ex : une formation professionnelle déterminée). La pratique cherche aussi, en restreignant la transmissibilité des actions, à assurer le maintien des SA comme sociétés de famille. (De plus, il y a également la volonté de protéger les actionnaires minoritaires selon les slides n° 9 de STOFFEL) ;
- La SA privée peut refuser le transfert d'actions sans indiquer de motifs, mais seulement lorsqu'elle est disposée à reprendre les actions dont l'aliénation est prévue « à la valeur réelle au moment de la requête » (art. **685b al. 1 CO**). Cette règle est appelé **clause échappatoire ou escape clause**, car elle permet à l'actionnaire souhaitant aliéner ses actions de quitter la société même lorsque l'acquéreur est refusé. Ainsi, la possibilité de refuser l'entrée de tiers pour n'importe quel motif jusqu'à la limite de l'arbitraire est préservée, mais seulement lorsque l'actionnaire souhaitant quitter la société se voit reprendre ses actions à leur valeur réelle.

A noter que le droit actuel tant pour les actions cotées que pour les non cotées, prévoit la *possibilité de cesser de reconnaître une personne comme actionnaire lorsqu'elle l'est devenue sur la base d'informations fausses* (art. **686a CO**) (§16 n° 312 p. 587).

2. Transmissibilité des droits

2.1 Pour les actions cotées (sociétés publiques) : les droits passent à l'acquéreur avant même qu'il n'ait été reconnu par la société (si les actions sont acquises en bourse, lors du transfert, et si elles sont acquises hors bourse, dès que l'acquéreur a déposé auprès de la société une demande de reconnaissance comme actionnaire (art. **685f al. 1 CO**). En conséquence, l'acquéreur non encore reconnu peut être inscrit au registre des actions comme « actionnaire sans droit de vote » (art. **685f al. 3 CO**, ses droits demeurent suspendus, et ses actions sont non représentées à l'AG art. **685f al. 3 CO**). Il ne devient actionnaire à part entière (Vollaktionär) qu'à compter de sa reconnaissance par la société ou, en cas de silence de celle-ci, dans les 20 jours (art. **685g CO**). (§16 n 313 p. 587)

2.2 Pour les actions non cotées (sociétés privées) : La propriété des actions et tous les droits en découlant restent à l'aliénateur (art. **685c al. 1 CO**), tant que la société n'a pas donné son approbation (le silence de la société pendant trois mois vaut approbation, art. **685c al. 3 CO**). Partant, *l'acte de transfert est dépourvu d'effets si l'acquéreur est refusé*.

Ainsi, le législateur cherchait à éviter un démembrement des droits (l'aliénateur demeurait actionnaire mais l'acquéreur obtenait les droits de créance découlant du sociétariat), qui se

produisait sous l'empire du droit antérieur lorsqu'un transfert n'était pas approuvé. Il n'y a pas essentiellement réussi (§16 n° 314 p. 588)

- Pour les **actions non cotées** : la loi prévoit une exception « en cas d'acquisition d'actions par succession, partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée, la propriété du titre et les droits patrimoniaux passent immédiatement à l'acquéreur, les droits sociaux, seulement au moment de l'approbation par la société (art. **685c al. 2 CO**).
- Pour les **actions cotées** : il n'est pas rare que les acquéreurs d'actions et surtout les banques organisent le négoce de telles actions, s'abstiennent de demander l'inscription auprès de la société et se bornent à percevoir les dividendes (« actions dispo »). La société ouverte au public détient régulièrement une proportion plus ou moins élevée de telles actions dispo (30% et au-delà), ce qui n'est pas souhaitable car la société se trouve ainsi privée de la possibilité de connaître les actionnaires, comme il se doit pour les actions nominatives, et parce que ces actions ne sont pas prises en compte lors de la formation de la volonté de l'AG. Si une certaine quantité d'actions dispo est indispensable pour des raisons pratiques aux fins des opérations de bourse, leur volume excède de loin les nécessités du négoce dans la plupart des sociétés ouvertes au public. A moins que la reconnaissance n'ait été obtenue de façon frauduleuse, sur la base d'informations fausses (art. **686a CO**), celui qui a été reconnu comme actionnaire par la société le demeure, même lorsqu'il ne remplit plus les critères d'admission (ex : lorsque l'actionnaire devient un concurrent). Il va de soi que même les aggravations a posteriori de la restriction à la transmissibilité des actions sont dépourvues d'effet pour les actionnaires actuels, ce que le TF a dû constater dans l'ATF 109 II 239 ss. (§16 n° 314 ss. p. 588 s.)

CAS n° 9

La société « Swiss Match », active dans la production d'allumettes, en graves difficultés il y a trois ans, a dû procéder à une réduction avec une augmentation simultanée de son capital-actions. La valeur nominale des anciennes actions fut réduite de fr. 5'000.- à fr. 2'000.-. Les titres furent affectés à une catégorie d'actions « A » donnant droit pendant 5 ans à un dividende prioritaire et supplémentaire de 5% par rapport à la valeur nominale de l'action. Le nouveau capital fut versé par des nouveaux actionnaires souscripteurs de titres d'une valeur nominale de fr. 2'000.- nommés actions de catégorie « B » et ne jouissant d'aucun privilège.

Aujourd'hui, le bilan se présente comme suit :

Bilan :

Actifs		Passifs	
Actifs circulants	300'000.-	Fonds étrangers	700'000.-
Banque/Caisse	100'000.-	Fournisseurs	200'000.-
Stocks	100'000.-	Banque	400'000.-
Débiteurs	100'000.-	Provision	100'000.-
Actifs immobilisés	1'000'000.-	Fonds propres	600'000.-
Machines	300'000.-	Réserve légale (bénéfice)	40'000.-
Brevet	100'000.-	Capital-actions	500'000.-
Immeubles	600'000.-	Bénéfice	60'000.-
Total	1'300'000.-	Total	1'300'000.-

Au vu des comptes de l'exercice écoulé, le Conseil d'administration propose de verser un dividende uniforme de 3% par titre. Il justifie sa proposition par le maigre résultat de l'exercice écoulé. Un groupe d'actionnaires détenteurs d'actions de la catégorie « A » conteste cette proposition entre autres pour le motif que la société a en réalité constitué des réserves latentes trop importantes, notamment en raison du brevet sous-évalué (il vaudrait le double en réalité) et du risque de l'action en dommages-intérêts d'un client insatisfait largement surestimé.

Question :

La proposition du Conseil d'administration peut-elle être contestée par les actionnaires minoritaires, et si oui, par quels moyens ?

1. Etat des faits :

- Swiss Match SA a procédé à une réduction du capital de 500'000.- à 200'000.-) (!! pas jusqu'à 0.- !!), puis à une réaugmentation instantanée de 200'000.- à 500'000.-. Ainsi, la valeur nominale des actions est réduite de 5'000.- à 2'000.- ;
- Actions A = anciennes actions / Actions B = nouvelles actions émises pour revenir à un capital de 500'000.-
- Actions A = dividende *prioritaire et supplémentaire* pendant 5 ans et à 5% par rapport à la valeur nominale.
- Actions B ne donnent droit à aucun privilège.
- Pour l'exercice écoulé, le Conseil d'administration propose un dividende uniforme de 3% par titre (peu importe si actions A ou B).
- Un groupe d'actionnaires de la catégorie A conteste la proposition de 3% en raison des réserves latentes trop importantes sur le brevet et la provision qui figurent au bilan.

Raison des actions privilégiées : pour consoler les anciens actionnaires (on tient compte de ce qu'ils ont fait avant pour la société)... (Même raisonnement que pour l'agio).

Question :

Est-ce que la proposition du CA est valable ? Si non, comment la contester ?

2. Analyse du bilan sous l'angle du privilège et des versements des dividendes :

Il faut analyser les postes contestés :

Capital-actions de 500'000.- : Quelle est la **structure de ce capital-actions** ?

Le bilan ne nous renseigne pas sur sa structure. On trouvera la structure dans les statuts publics, voir www.zefix.ch . Combien a-t-on d'actionnaires A ? Initialement, on avait 100 actions à 5'000.- de valeur nominale. Puis, on réduit la valeur nominale à 2'000.-. Cela a pour conséquence une diminution du capital de 300'000.- (500'000 à 200'000). Pour réaugmenter le capital à 500'000.-, il a fallu émettre pour 300'000.- de nouvelles actions. En sachant que la valeur nominale de ces nouvelles actions est de 2'000.- l'unité, on calcule qu'il faut émettre 150 nouvelles actions B ($300'000/2000 = 150$ actions).

Le **nouveau capital** de 500'000.- est structuré ainsi : 100 actions A et de 150 actions B.

Les actions A ont un **privilège** de dividende **supplémentaire** de 5% (en plus de ce que les B reçoivent) et **prioritaire** (ils reçoivent avant les B, il faut assez pour payer le 5% aux A, puis les B et les A pourront être servis). Le dividende de base est pour tous (A et B). Il est donc possible que la société verse un dividende uniquement aux actionnaires A, étant donné qu'il y a un privilège de priorité.

Est-ce que ce privilège est valable ? Il faut une *base statutaire* (art. **654 al. 1 CO – 627 ch. 9 CO**), afin qu'il y ait une transparence pour les nouveaux actionnaires.

Calcul du dividende uniforme proposé à 3% par le CA ?

3% de 2'000.- (valeur nominale) = 60.- par action x 250 actions = 15'000.- au total.

ATTENTION : il faut encore ajouter 5% du bénéfice (3'000.-) à la réserve générale selon l'art. **671 al. 1 CO**. A noter que la réserve légale n'est pas encore à 20% du capital-actions comme le demande cette disposition, il faut donc verser ces 3'000.- à la réserve. Il y aura encore 57'000.- à disposition. On pourra utiliser 15'000.- pour verser des dividendes (art. **675 al. 2 CO**). Après tout cela, il reste encore 42'000.- que l'on peut utiliser comme l'on veut pour la suite.

Le problème est que l'on n'a pas respecté le privilège (dividende prioritaire). Le Conseil d'administration a utilisé un mauvais argument en disant que l'entreprise n'avait pas les moyens (voir calcul ci-dessous) :

Calcul du dividende privilégié pour les actions A : 5% de la valeur nominale = 100.- de dividende par action. 100 actions A x 100.- = 10'000.-. On a largement de quoi payer le tout. *Sinon, priorité aux actions A privilégiées.* Ici, on paiera au total 28'000.- (15'000 + 3'000 + 10'000), donc on a assez étant donné qu'on a 60'000.- de bénéfice à disposition. A noter qu'on aurait dû commencer par le calcul du dividende privilégié.

Les actionnaires A toucheraient 100 + 60 = 160.- par action.

Les actionnaires B toucheraient 60.- par action.

(A noter que : sur les 15'000.- de plus, on doit verser quelque chose de plus à la réserve générale selon l'art. **671 al. 2 ch. 3 CO** (cas du superdividende) : on devrait verser 1'000.- (10% des 10'000.-) de plus à la réserve. Ce qui reste dans les moyens de l'entreprise. STOFFEL n'attache peu d'importance à cela, car cette disposition va changer avec la révision.)

Le Conseil d'administration propose le dividende et l'AG décide (art. **698 ch. 4 CO**). Or, les actionnaires B ont 150 droits de vote et les A ont 100 droits de vote. Donc les A pourront contester par le biais de l'art. **706 CO** (il faut une illégalité) en faisant une action. Les minoritaires ont besoin de seulement 1 action pour intenter une action selon l'art. **706 CO**. Les actionnaires A vont donc saisir le juge car le privilège dans les statuts sera violé, si l'AG vote les 3% de dividende uniforme que propose le Conseil d'administration. (Il est possible pour les actionnaires A de protéger leur droit aux actions privilégiées en passant notamment par l'art. **654 al. 2 CO**). Il sera également possible de mettre dans les statuts une majorité plus élevée pour supprimer le droit de vote privilégié)

3. Autre argument des réserves latentes :

Brevet de 100'000.- sous-évalué ? Principe de prudence (art. **960 al. 3 CO ; 960a al. 3 CO**, nous parle de la surévaluation. Ici, on est accusé de l'avoir sous-évalué). Peut-on l'augmenter si on a trop baissé ? Art. **960a al. 2 CO** : jamais plus que le prix d'origine. Faudrait-il l'augmenter si la valeur d'acquisition / de développement est de 100'000.- ou pas ? Si oui, on est juste. On ne peut pas aller plus haut. Si le brevet a augmenté, il y a une *réserve latente obligatoire* selon le principe de la prudence. Si le prix d'origine était de 200'000.- : on pourrait adapter le bilan et le mettre à 200'000.-. Mais doit-on le faire ? Non, on a le droit d'être trop prudent (art. **960a al. 4 2^{ème} phrase** + art. **960a al. 1 CO** « au plus à son coût d'acquisition ou à son coût de revient »).

Ce n'est donc pas illégal de ne pas augmenter. Le Conseil d'administration a la possibilité de sous-évaluer l'actif. (A noter que le nouveau droit permettra d'étendre l'art. 670 CO aux brevets notamment).

Provision 100'000.- surévaluée ?

L'art. **960e CO** concerne les dettes, donc les provisions.

Y a-t-il une *valeur nominale* sur les dettes ? Oui, la dette repose en principe sur un contrat, donc une valeur nominale. Il s'agit du cas facile. → Art. **960e al. 1 CO**

Cependant, ici, art. **960e al. 2 CO** : on doit provisionner si on s'attend à *une perte d'avantages économiques*. Il faut donc apprécier le risque. Il faut fixer le montant qui est *vraisemblablement nécessaire*.

Selon l'art. **960e al. 4** : les provisions qui ne se justifient plus ne doivent pas obligatoirement être dissoutes.

On a ainsi l'obligation d'être pessimiste. Mais il n'y aura pas d'obligation de dissoudre la provision pour le Conseil d'administration.

Ainsi, dans les 2 cas (brevet et provision), les actionnaires ne peuvent pas obliger le CA à être plus optimiste (ils ne peuvent pas imposer moins de prudence à la société).

Il s'agit d'un pouvoir du Conseil d'administration. Le législateur a fait cette option en faveur de la société et non de l'actionnaire.

Rappel théorique sur les actions privilégiées p. 574 ss

654 et 656 CO permettent d'introduire des **actions privilégiées** (Vorzugsaktien) qui sont privilégiées sur le plan pécuniaire par rapport aux actions ordinaires (Stammaktien). Le privilège peut notamment concerner le dividende, mais également la part du produit de la liquidation (ex : un éventuel excédent doit d'abord servir à rembourser la valeur nominale des actions privilégiées) ou encore d'autres droits patrimoniaux.

Les actions privilégiées représentent un procédé approprié dans les hypothèses d'assainissement (il se peut qu'en l'absence de certains avantages, nul ne soit disposé à acquérir de nouvelles actions d'une société faisant l'objet d'un assainissement). Or des actions privilégiées peuvent également être émises dans le but de récompenser des fondateurs, des collaborateurs et d'autres personnes ayant des mérites particuliers, ou d'assurer un certain retour sur leur investissement aux actionnaires d'une société de famille qui ne participent pas aux activités de l'entreprise (tandis que les actionnaires entrepreneurs conservent la majorité des voix et perçoivent une rémunération intéressante dans l'entreprise, tout en pouvant bénéficier d'avantages supplémentaires ou *fringe benefits*, tel qu'une voiture de fonction par exemple).

Attention : ne pas confondre les actions privilégiées (654 CO) avec les **actions à droit de vote privilégié** : Ce type d'action résulte de l'art. 693 CO. Il est donc possible de conférer à un groupe d'actionnaires un *droit de vote plus élevé* par rapport aux actions standards. Lorsque des actions ayant une valeur nominale différente sont émises (ex : actions à 100 et à 1'000 sont émises), une participation égale au capital peut conférer un nombre de voix plusieurs fois supérieur pour des actions ayant une valeur nominale plus faible. Le droit de vote privilégié n'est cependant pas illimité : 693 al. 3 CO : mentionne les élections et les votations pour lesquelles la détermination du droit de vote proportionnellement au nombre d'actions ne s'applique pas, et le droit de vote renforcé qui s'attache aux actions à droit de vote privilégié n'entre donc pas en ligne de compte.

CAS n° 10

La réduction d'assainissement opérée par Odergon SA a finalement eu l'impact escompté et la situation de la société s'est nettement améliorée, jusqu'à connaître une situation économique très favorable. La société a développé durant le dernier exercice un kit révolutionnaire permettant de construire un pavillon du bureau à moindres coûts.

Arthur et Victor sont membres du conseil d'administration depuis la création de la société et reçoivent une indemnité annuelle de fr. 40'000.- pour leur activité. Ces derniers ont décidé en septembre dernier de s'octroyer une prime supplémentaire si un acheteur faisait une commande supérieure à fr. 1'000'000.-.

En novembre, ils ont vendu un très important nombre de pavillons en kit à la société « Swiss Match » pour un montant total de fr. 1'200'000.- et se sont dès lors octroyés une rémunération spéciale de 2% chacun pour les efforts qu'ils ont déployés pour trouver cet acheteur. Ils ont en effet dû faire marcher leur réseau de contacts et convaincre les dirigeants de « Swiss Match » de faire confiance au nouveau procédé pour agrandir leurs locaux.

Julie n'est pas d'accord avec cette décision et trouve que la rémunération est exagérée. Elle soupçonne de plus Arthur et Victor d'être de mauvaise foi, car il semblerait qu'ils connaissent l'intérêt de « Swiss Match » d'acheter ce produit avant même de prendre la décision sur la rémunération. Cela a été vigoureusement contesté par les intéressés.

Julie souhaite agir, mais ne sait pas de quelle manière et si elle peut vraiment faire quelque chose. Elle vient vous voir pour vous demander conseil.

1. Etat des faits :

- Odergon SA a réussi son *assainissement* ;
- Odergon SA a développé un *kit de construction révolutionnaire* ;
- Deux nouveaux membres du Conseil d'administration : Arthur et Victor → se sont octroyés une indemnité annuelle de 40'000.- par an chacun. En plus, ils décident de s'octroyer une *prime supplémentaire de 2%* (rémunération spéciale) pour une commande importante (supérieur à 1'000'000.-).
- Arthur et Victor ont réalisé cette affaire (Swiss Match a commandé pour 1.2 mio.). 2% de 1.2 mio. = 24'000.- chacun.
- Julie (actionnaire) n'est pas d'accord : elle trouve que cela est trop élevé (exagérée). Et trouve Arthur et Victor de mauvaise foi.

Question : Est-ce légal de verser ces 2% ? Si non, comment faire ?

(707, 713 et 714 → 706b CO) : Ces articles ne sont pas relevant pour ce cas.

Art. **717 CO** : disposition générale qui est moins spécifique que l'art. **678 CO (restitution des prestations)**.

2. Conditions cumulatives d'application de l'art. 678 al. 1 CO

1^{ère} condition : il faut que ce soit des **parts de bénéfice** : *dividendes et tantièmes* : La loi dit que l'on peut verser des dividendes seulement en prélevant sur des bénéfices (art. **675 al. 2** – art. **660 CO** pour les dividendes **et l'art. 677 CO** pour les tantièmes, seulement pour les membres du CA). Les tantièmes ne peuvent être accordés que si on a déjà attribué des dividendes aux actionnaires (priorité aux actionnaires plutôt qu'aux administrateurs). **ATTENTION** : le bonus est une forme de salaire non garanti, mais octroyé pour une certaine cause. Cela se base pour des *relations contractuelles* (contrat de travail). Le 14^{ème} salaire peut être considéré comme un bonus. Le Conseil d'administration peut aussi être lié à la société par un mandat (contrat de mandat, art. **394 ss CO**). Il y a une base contractuelle. En l'occurrence, les 40'000.- d'indemnité reçus indiquent qu'il y a un mandat (l'indemnité est perçue indépendamment de la marche des affaires). Si la société va mal mais qu'un manager remplit ces buts/objectifs (conditions contractuelles), il peut recevoir le bonus prévu dans son contrat (bonus = dépenses, charges de la société qui apparaîtront au compte de résultat). *Le bonus influence le résultat (modifie le compte de résultat). Or, les tantièmes pas, car ils sont prélevés sur les bénéfices.* Dans la pratique, les tantièmes sont très peu utilisés. Souvent, il s'agit de bonus sur mandat. **Cette condition n'est pas remplie car les 24'000.- ne représentent pas la qualification juridique de « parts de bénéfice »,** le bénéfice résultant du bilan n'est ainsi pas touché par cette opération.

2^{ème} condition : **indûment touché** :

Plusieurs hypothèses : il n'y a pas de bénéfice / on n'a pas alimenté la réserve légale au sens de l'art. 671 al. 1 CO / ou pour les tantièmes, on n'a pas encore versé de dividendes / le bilan n'est pas correctement dressé : le bilan peut être trop optimiste ou pas assez. On n'a pas tenu compte des normes comptables (art. **957 ss CO**) : ex : un versement pas effectué, un paiement en trop.

3^{ème} condition : **mauvaise foi** : **subjective** : « je sais que cela ne va pas, mais je le fais quand même ». Bonne foi : « je ne savais pas cela et je le fais ». Les administrateurs décident, ainsi ils ne peuvent pas dire qu'ils ne savaient pas que ce n'était pas issu d'une part de bénéfice. Les membres du Conseil d'administration sont normalement de mauvaise foi. L'actionnaire est aussi visé par cette disposition, il est normalement de bonne foi (car il ne dispose pas d'autant d'infos que les administrateurs).

L'art. 678 al. 1 CO n'est ainsi pas applicable car la condition de « part de bénéfice » n'est pas remplie.

3. Conditions cumulatives d'application de l'art. 678 al. 2 CO

Ici, il ne s'agit pas de parts de bénéfice mais d'**autres prestations** (notion large).

Remarque : Les prestations peuvent être en argent ou en nature.

1^{ère} condition : **Autres prestations**. Condition remplie.

2^{ème} condition : une **disproportion évidente avec la contre-prestation** (du membre du Conseil d'administration, des actionnaires ou des proches). « En gros mauvais travail et la société devrait aller moins bien ». Pour la disproportion, c'est uniquement une *appréciation du juge*. Dans notre cas, *la contre-prestation représente les efforts de vente pour trouver l'acheteur*. Un réseau n'a pas si facile à acquérir. Il faut mettre ainsi les 24'000.- en relation avec les efforts de vente. Est-ce qu'ils ont fait beaucoup pour décrocher ce contrat ? L'on-t-il fait en plus ? *L'appréciation du cas concret laisse une marge d'appréciation*. Le TF est assez dur. En principe, c'est les vendeurs qui font ce travail, et non les managers... Le fait de dire que 1.2 mio. était une bonne affaire n'est pas forcément juste, il faut regarder sur l'ensemble des ventes. Est-ce au-dessus la moyenne des contrats que passe la société en général ? Le TF a estimé que la prestation était disproportionnée. STOFFEL trouve cela assez sévère. Ainsi c'est probablement disproportionné, mais cela dépend des circonstances. Condition remplie.

3^{ème} condition : Il faut encore regarder selon la **situation économique de la société**. La **mauvaise foi** est également nécessaire (comme pour l'art. 678 al. 1 CO, sauf que le législateur ne l'a pas indiqué ATF 140 III 602). A noter qu'il est logique que l'al. 2 ne soit pas plus dure que l'al. 1 et que l'al. 2 contienne également la mauvaise foi (argument systématique). Dans notre cas, la condition 2 n'est pas proportionnée, c'est donc fichu. Cependant, la jurisprudence interprète la condition de la situation économique de la société ainsi : *plus la société va mal, plus on est sévère*. Cependant, dans certains cas, une bonne contre-prestation peut être justifiée quand la société va mal. La situation de la société laisse une marge de manœuvre dans l'appréciation selon le TF. Condition remplie selon le TF.

Dans notre cas, on appliquerait l'art. 678 al. 2 CO. **Les deux administrateurs devront restituer chacun 24'000.- à la société.**

4. Comment faire cela ? Qui peut demander la restitution ?

Selon l'art. **678 al. 3 CO**, l'*action appartient à la société et/ou à l'actionnaire*. La société va cependant rarement agir quand ce sont des membres du CA. C'est la société qui est en premier lieu lésée. Pour Julie, c'est un peu un dommage et intérêts par ricochet. Julie devra donc agir en tant qu'actionnaire (une action suffit). Julie va agir *en paiement à la société* (art. **678 al. 3 in fine CO**). La valeur litigieuse se calcule selon le montant. Or, si elle perd, Julie devra payer en tout cas 20'000.- (art. 107 CPC donne une exception). Cela peut cependant avoir un effet négatif, ou même dissuader. Dans la pratique, les risques et les coûts sont rares.

Remarque : Dans la pratique, on tente souvent quand il y a un changement d'actionnaire majoritaire, un nouveau Conseil d'administration.

Attention : **art. 678 al. 4 CO** : *Prescription* après 5 ans à compter de la réception de la prestation !

Code annoté : Dans les notes de bas de page de l'art. 678 CO, vous trouvez quelques indications.

CAS n° 11

Joëlle fait son stage auprès d'une étude d'avocats à Fribourg. Son patron est le représentant indépendant des actionnaires de la société Virevolte SA, active dans la gestion de fortune et disposant d'un capital-actions de CHF 20 mio., réparti en actions nominatives d'une valeur nominale de CHF 100 chacune.

Virevolte SA tiendra son **assemblée générale en mars**. Le Conseil d'administration propose d'**augmenter le capital-actions de CHF 5 mio. par une augmentation ordinaire** de capital et d'**introduire un capital autorisé de CHF 10 mio**. Les deux propositions sont contestées par certains, mais le Conseil d'administration pense pouvoir compter sur l'appui d'un noyau d'actionnaires stables qui représentent environ 50'000 voix.

L'étude a reçu jusqu'à présent les mandats de représentations suivants :

- 10'000 voix se sont exprimées en faveur de la proposition du Conseil d'administration ;
- 20'000 voix y sont opposées ;
- 40'000 voix ne s'expriment pas (les cases correspondantes du formulaire ne sont pas cochées)

Une banque de la place chargera probablement l'étude de représenter ses clients, actionnaires de Virevolte SA (20'000 à 30'000 voix).

Le patron de stage demande à Joëlle de lui préparer une note de dossier qui expose la situation juridique en vue de l'exercice du droit de vote lors de l'AG à venir.

Que répondez-vous ?

1. Etat des faits :

- Virevolte SA : capital-actions de 20 mio. – action nominative à 100.- → **200'000 actions nominatives**
- AG en mars : proposition d'augmentation ordinaire du CA de 20 à 25 mio. + introduction d'un capital autorisé de 10 mio.
- Le CA est optimiste car il y a un noyau d'actionnaires stables : env. 50'000 voix.
- L'Etude d'avocats (représentant indépendant) a reçu les mandats suivants :
 - o 10'000 voix en faveur de la proposition du CA
 - o 20'000 voix contre la proposition du CA
 - o 40'000 voix sans avis (cases non cochées dans le formulaire)
- Une banque va mandater l'Etude pour représenter ses clients (20'000 à 30'000 voix)

Appréciation du vote probable (Note de dossier)

La note de dossier est une appréciation neutre. Elle n'a pas de lien direct avec le mandat de représentant indépendant.

2. Majorité à atteindre : (le scénario ci-dessous table sur 100% de participation à l'AG)

Le CA propose une augmentation ordinaire du capital-actions :

703 CO : pour l'**augmentation ordinaire (650 CO)** : Dans notre cas, la *majorité simple* = 50% + 1 voix → 100'001 voix (le code appelle cela la *majorité absolue des voix représentées* à l'AG). Il faut que l'action soit représentée, ainsi les gens qui ne viennent pas et qui n'ont pas donné mandat au représentant indépendant ne comptent pas. On peut modifier les statuts concernant la majorité ou la loi peut prévoir autre chose (**703 in initio CO**).

Le CA propose d'introduire un capital autorisé :

704 al. 1 ch. 4 CO : pour l'**augmentation autorisée (651 CO)**, il faut une *majorité des 2/3 des actions représentées* + *majorité absolue des valeurs nominales représentées* (2 conditions cumulatives qui nous mènent à une *majorité qualifiée*). On pourrait aussi prévoir un *quorum* dans les statuts en disant que par exemple : « 80% des voix doivent s'exprimer ». (Selon STOFFEL : On peut théoriquement gagner avec 10 ou 20% des actionnaires représentés, une minorité suffit, surtout dans les grosses sociétés cotées. Exemple : Le groupe Nestlé avait un quorum important dans ses statuts à l'époque. Les grandes sociétés réunissent 30 à 40% des actionnaires.) Dans notre cas, il faudra la *majorité des 2/3 des actions représentées*, soit 133'334 actions (il n'y a pas besoin du plus un), ainsi que la *majorité absolue des valeurs nominales représentées* qui serait de 10'000'100.- (il y a besoin d'une action en plus selon le principe 50% + 1 voix).

Cette deuxième majorité basée sur la valeur nominale représentée jouera un rôle quand il y a des actions privilégiées au droit de vote (**693 CO**, cf. théorie tutorat n° 9). Cette règle

donne moins de poids aux actions privilégiées. Exemple : une SA a un capital-actions structuré de 9 actions à 10'000.- et de 10 actions à 1'000.- = 100'000 de capital-actions. Cela fait 19 actions. Il faudrait 13 actions pour la *majorité des 2/3* et il faudrait au moins 51'000.- de valeur pour la *majorité des valeurs nominales*.

Attention : **704 al. 2 CO** : Une disposition statutaire modifiant le régime de majorité est possible uniquement vers le haut et pas vers le bas « une plus forte majorité ». Cette disposition protège les minorités.

Pour changer les statuts, il faut déjà atteindre la « majorité prévue », soit celle que l'on propose : si on veut les 3/4, il faut un vote des $\frac{3}{4}$ pour valider la clause statutaire.

3. Types de représentations possibles à l'AG :

- **Représentation privée : (689b CO)** : « *quiconque* » : on peut envoyer un représentant de notre choix : de notre famille ou pas.
- **Représentation par un organe (689c CO)** en l'occurrence le Conseil d'administration ou par une personne qui dépend de cet organe (ex : le Secrétaire du Conseil d'administration). Si on propose une représentation par un organe, on doit aussi nommer un *représentant indépendant*. Comme cela, il y a une *alternative* pour les actionnaires : le CA ou le représentant indépendant. ATTENTION : Ça ne doit pas être un membre de l'Assemblée générale (un autre actionnaire), même si l'AG est un organe de la SA. Si on veut se faire représenter par un autre actionnaire → art. 689b CO, cf. représentation privée ci-dessus.
- **Représentation par un dépositaire** : en principe, les banques, les caisses d'épargne ainsi que les gérants de fortune professionnels. **(689d al. 3 CO)**. Le dépositaire doit cependant *demandeur les instructions au déposant avant chaque AG (689d al. 1 CO)*. Selon l'art. **689d al. 2 CO**, si les instructions du déposant ne sont pas données à temps, le représentant dépositaire exerce le droit de vote *conformément aux instructions générales du déposant*, à défaut, il suit *les propositions du CA*. De moins en moins utilisée en pratique !
- ATTENTION : Selon la pratique courante, les sociétés proposent également un **représentant indépendant sans lien avec l'organe de la société** au sens de l'art. **689c CO**. C'est devenu une *institution qui n'est pas encore inscrite dans la loi*. Il agit comme un privé, il reçoit des instructions. Dans notre cas, c'est le patron de Joëlle.

4. Situation dans notre cas

Actuellement, l'Etude a reçu 10'000 voix pour / 20'000 voix contre / 40'000 voix sans avis. Les sans avis sont considérés comme *mandat vide de représentation* étant donné qu'ils sont signés. Les sans avis nous laissent 3 possibilités : voter non – suivre les propositions du CA – s'abstenir. Mais en principe, les représentants indépendants considèrent qu'ils doivent faire cela comme un dépositaire. On fait une *analogie* avec l'art. **689d CO**.

(A noter que l'Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (**ORAb**) ne s'applique uniquement pour les sociétés cotées en bourse.)

Calcul / Estimation : (selon les chiffres indiqués dans la donnée)

Il y a un noyau de 50'000 pour + 10'000 pour = 60'000 pour. Nous avons 20'000 contre et 40'000 abstentions. Il faut compter les abstentions comme des actions représentées : $60'000 + 20'000 + 40'000 = 120'000$ voix. Par conséquent, selon **703 CO**, il faut 60'001 voix pour avoir la majorité absolue. Il faut la majorité des présents, des actions représentées. Ici, les abstentions tronquent le vote, car avec ce système, il nous manque 1 voix.

Comment doit-on interpréter les 40'000 voix qui ne se sont pas prononcées ?

Il faut faire *une analogie* avec l'art. **689d CO** de la représentation par un dépositaire. On choisira donc le POUR en raison de l'analogie avec les dépositaires. Egalement pour les actions de la banque (20'000 à 30'000 voix). Avec cela, les propositions du Conseil d'administration passeront largement. Selon Stoffel, si on ne fait pas cela, on risque de refuser beaucoup de propositions dans les AG. Le critère de l'art. **703 al. 2 CO** « conformément aux instructions générales du déposant » est très compliqué à interpréter.

La révision de l'art. 703 CO : prévoit la majorité des *voix exprimées* : cela voudra dire uniquement ceux qui ont voté oui ou non. Dans ce cas-là, il n'y aura plus besoin d'interpréter. Le représentant s'abstiendra, mais cela ne comptera plus comme un non.

Rappel théorique

Les prises de décision durant les AG (p. 606 ss)

Le vote a lieu à la **majorité absolue des voix représentées à l'AG** (majorité simple), et non seulement des voix émises. Les abstentions comptent pour la prise de décision dans la mesure où même les actions représentées correspondant aux abstentions sont prises en compte pour le calcul du quorum, à la suite de quoi les abstentions ont l'effet d'un vote négatif. Changement prévu avec le projet de 2007 : « les abstentions ne sont pas considérées comme des votes exprimés, art. 703 al. 2 CO ». A noter que la loi ou les statuts peuvent en disposer autrement.

Pour certaines décisions importantes (art. 704 CO et 18 al. 1 let a LFus), la loi exige impérativement une majorité qualifiée (2/3 des voix représentées et majorité absolue des valeurs nominales représentées, cette deuxième exigence n'entre en ligne de compte que lorsque la société a des actions aux valeurs nominales différentes. Les statuts peuvent introduire des hypothèses supplémentaires où la prise de décision obéit à un régime plus rigoureux, ou aggraver mais non alléger la procédure décisionnelle dans les cas déjà prévus par la loi. Cependant, des dispositions statutaires prévoyant « une plus forte majorité que celle prévue par la loi ne peuvent être adoptées qu'à la majorité prévue » au sens de 704 al. 2 CO.

Contrairement à la Srl (808b CO), le droit de la SA ne prévoit pas de quorums qui se mesurent d'après la totalité du capital-actions ou le nombre total des actions. Il en est ainsi parce que, dans la société ouverte au public, de tels quorums seraient éventuellement impossibles à atteindre même lorsque les objets portés à l'ordre du jour n'ont pas donné lieu à contestation (en principe moins de 50% des actions sont représentées à l'AG). Ce régime pourrait être dangereux pour les petites sociétés n'ayant que peu d'actionnaires. En effet, la réglementation légale ne protège pas les actionnaires minoritaires du risque qu'en leur absence, des décisions importantes soient prises contre leur volonté. Il peut donc être recommandable, dans de telles sociétés, de prévoir dans les statuts des quorums calculés selon la totalité du capital ou le nombre total des actions, qui servent de base à la protection des minorités.

L'exercice du droit de vote par des représentants (p. 609 ss)

Le sociétariat dans la SA est conçu de manière favorable à la représentation. L'actionnaire peut faire représenter ses actions par un tiers qui, sauf disposition contraire des statuts, ne sera pas nécessairement actionnaire (art. 689 al. 2 CO).

Afin de ne pas laisser dégénérer en farce les votations à l'AG, des dispositions particulières ayant trait à la représentation institutionnelle ont été prévues afin de contribuer à une formation démocratique de la volonté :

- Les **banques ou les gestionnaires de fortune professionnels**, qui entendent exercer le droit de vote attaché aux actions déposées auprès d'eux (représentants dépositaires), doivent demander des instructions au déposant avant chaque AG (art. 689d al. 1 CO). Si cela n'est pas possible en raison d'un manque de temps, et à défaut d'instruction générale, les dépositaires doivent exercer le droit de vote en suivant les propositions du CA (art. 689d al. 1 CO). A noter que dans la pratique, ce type de représentation est devenu quasiment sans importance.

- La **représentation par des organes** : la représentation des droits de vote à l'AG par des membres des organes de la SA ou des mandataires de cette dernière. Selon 689c CO, lorsque la SA propose aux actionnaires de les faire représenter par un membre de ses organes ou par une autre personne dépendant d'elle, une personne indépendante doit être désignée en même temps, que les actionnaires puissent charger de les représenter (*représentant indépendant*). Ainsi, l'actionnaire pourra désigner ce tiers indépendant comme représentant, surtout lorsqu'il entend voter contre les propositions du CA et ne fait pas confiance aux organes de la SA.

Sauf instruction contraire, les organes et les représentants dépositaires ainsi que le représentant indépendant (qui sont dénommés représentants institutionnels) votent conformément aux propositions du CA annoncées avant l'AG. Pour cette raison, les avis exprimés lors de l'AG n'ont aucune influence sur leur vote. Les représentants institutionnels ont quasiment tout le temps la majorité lors des AG des sociétés ouvertes au public. On peut donc dire que les résultats de votations et des élections dans les sociétés ouvertes au public sont en général décidés avant même que l'assemblée ne se soit déroulée

Calcul des majorités selon tutorat n° 11 :

1. Calcul selon le droit positif des majorités à obtenir (avec les actions de la banque 20'000 voix) :

Selon **703 CO : augmentation ordinaire** du CA

Actions pour la proposition du CA :	$50'000 + 10'000 =$	60'000 voix
Actions contre la proposition du CA :	$20'000 =$	20'000 voix
Actions sans avis :	$40'000 + 20'000^* =$	60'000 voix
Total :		140'000 voix
Majorité à obtenir 50% + 1 :		70'001 voix

* nombre le plus bas (selon la donnée).

Etant donné que l'on doit considérer que les abstentions comptent comme des voix favorables à la proposition du Conseil d'administration : Cela fait 120'000 voix pour et 20'000 voix contre. La proposition a donc été largement acceptée.

2. Selon **704 CO : augmentation autorisée** du CA

Actions pour la proposition du CA :	$50'000 + 10'000 =$	60'000 voix
Actions contre la proposition du CA :	$20'000 =$	20'000 voix
Actions sans avis :	$40'000 + 20'000^* =$	60'000 voix
Total :		140'000 voix
Majorité à obtenir (majorité qualifiée) :		93'334 voix + 7'000'100.-

* nombre le plus bas (selon la donnée).

Etant donné que l'on doit considérer que les abstentions comptent comme des voix favorables à la proposition du Conseil d'administration : Cela fait 120'000 voix pour et 20'000 voix contre. Au niveau de la majorité selon la valeur nominale, cela représente : 12'000'000.- pour et 2'000'000.- contre. La proposition a donc été largement acceptée car les deux majorités sont atteintes.

2. Calcul selon le projet de révision des majorités à obtenir

Selon **703 CO** : **augmentation ordinaire** du CA

Actions pour la proposition du CA : $50'000 + 10'000 = 60'000$ voix

Actions contre la proposition du CA : $20'000 = 20'000$ voix

Total : 80'000 voix

Majorité à obtenir 50% + 1 : **40'001 voix**

Etant donné que l'on ne doit plus considérer les abstentions dans le décomptage des voix favorables à la proposition du Conseil d'administration : Cela fait 60'000 voix pour et 20'000 voix contre. La proposition a donc été largement acceptée.

Selon **704 CO** : **augmentation autorisée** du CA

Actions pour la proposition du CA : $50'000 + 10'000 = 60'000$ voix

Actions contre la proposition du CA : $20'000 = 20'000$ voix

Total : 80'000 voix

Majorité à obtenir (majorité qualifiée) : **53'334 voix + 4'000'100.-**

Etant donné que l'on ne doit plus considérer les abstentions dans le décomptage des voix favorables à la proposition du Conseil d'administration : Cela fait 60'000 voix pour et 20'000 voix contre. Au niveau de la majorité selon la valeur nominale, cela représente : 6'000'000.- pour et 2'000'000.- contre. La proposition a donc été largement acceptée car les deux majorités sont atteintes.

Pour rappel, le projet de révision prévoit de compter uniquement les voix exprimées. Cela sous-entend qu'il ne faudra plus compter les abstentions dans le total. Les abstentions ne pourront ainsi plus "tronquer" un vote.

CAS n° 12

La Société Tramontane SA, une société anonyme avec un capital-actions de CHF 1'000'000.- réparti en 1000 actions nominatives à CHF 1'000.- chacune, a récemment tenu son assemblée générale. A cette occasion Jean Tramontane a été nommé membre du conseil d'administration qui se compose dorénavant de cinq membres.

L'assemblée générale a en outre modifié les statuts de la société en y ajoutant la disposition suivante :

Le conseil d'administration doit déléguer la gestion à un membre du conseil d'administration indépendant des actionnaires.

Pierre-André s'est opposé, sans succès, à l'élection de Jean Tramontane et à la modification des statuts. 600 actions étaient représentées (310 voix se sont exprimées en faveur de la proposition, 100 voix appartenant à Pierre-André contre et il y a eu 190 abstentions). Le lendemain, le conseil d'administration a modifié l'organisation de la société et confié l'ensemble du département « production » à Jean Tramontane. Ce département comprend l'essentiel de l'activité de la société ; seuls les services de la comptabilité et de l'informatique sont organisés séparément dans un département « support ».

Pierre-André juge que Jean Tramontane est incapable, voire dangereux pour la société. Il aimerait :

- Savoir s'il peut attaquer l'élection de Jean Tramontane
- S'il peut empêcher que la gestion soit déléguée à Jean Tramontane.

1. Etat des faits :

- Tramontane SA doté d'un capital-actions de 1'000'000 (1000.- x 1'000 actions)
- Jean Tramontane est nommé au Conseil d'administration (5 membres)
- AG a introduit une clause statutaire de délégation (716b CO)
- Votes durant l'AG : 600 voix représentées : 310 pour / 100 contre / 190 abstentions
- Pierre-André s'est opposé durant l'AG à la clause et à l'élection de Jean T.
- Le CA a modifié l'organisation et a confié la gestion du département « production » à Jean Tramontane
- Il y a 2 départements : Production et Support

Question 1 : Pierre-André souhaite savoir s'il peut attaquer l'élection de Jean ?

2. Election de Jean T. au CA (sous l'angle de 703/706 CO)

- Pour l'*élection au CA* : majorité simple selon 703 CO : Il faut 301 voix sur les 600 voix représentées. Jean a obtenu 310 voix et est donc légitimement élu / Avec le nouveau droit (projet de révision de 703 CO, cf. tutorat 11), on ne comptera plus les abstentions (majorité des voix exprimées) : calcul selon le nouveau droit : $(600 - 190)/2 = 206$ voix pour obtenir la majorité. Jean T. l'aurait également atteint et même encore plus largement.
- Jean est-il *incapable et dangereux* ? Au sens de l'art. 706 al. 2 CO, la liste n'est pas exhaustive, on peut y lire « *en particulier* », il s'agit d'exemples. Dans 706 al. 2 CO, on parle 3x de la violation des statuts ou de la loi. L'élément essentiel est donc la « *violation de la loi ou des statuts* ». Particularité du ch.2 « *de manière non fondée* » : Exemple de restriction de manière non fondée : le cas du restauroute (cf. tutorat n° 8). Il est possible de restreindre les droits des actionnaires dans l'intérêt de la société, mais seulement selon le principe de la proportionnalité : limitation de la transmissibilité des actions ou dilution (685ss CO). Le problème ici est que les termes « incapable » ou « dangereux » sont des jugements de valeur, ainsi de l'opportunité. Hypothèse : Même si c'était un escroc condamné à plusieurs reprises, on ne peut pas le destituer. / Si on ne savait pas que c'était un escroc, on pourrait faire valoir cela pour convoquer une nouvelle assemblée, refaire une votation et destituer cette personne (l'art. 699 al. 3 CO peut être une solution). Mais l'opportunité ne suffit pas pour faire annuler une élection ou une décision. A noter que l'on pourrait imaginer des statuts disant qu'une personne condamnée ne puisse pas accéder au CA.
ATTENTION : il ne faut pas accepter une tâche d'administrateur si on est incapable. S'il y a un problème, on ne peut pas venir dire : « je ne savais pas » ou « je n'étais pas au courant ».

(A noter que l'art. 706 al. 2 ch. 4 CO est une particularité qui demande l'unanimité des voix. Il faut donc le 100% des actionnaires)

Question 2 : P-A souhaite savoir s'il peut empêcher que la gestion soit déléguée à Jean ?

3. Délégation de la gestion, 2 conditions formelles :

1. une *base statutaire* (716b al. 1 CO) condition remplie, elle a été votée à l'AG
2. un *règlement d'organisation* (716b al. 1 CO) : rien de concret dans la donnée, donc 2 interprétations possibles :
 - a. il y a eu une modification de l'organisation : Contenu du Département « production » + Jean qui devient chef de ce Département.
 - b. il y a eu un règlement d'organisation, mais il n'a pas été publié : modification du règlement et Jean devient chef.

La 2^{ème} interprétation suffit pour appliquer 716b CO, la première pas, car il n'y a pas de règlement d'organisation.

Qu'est-ce donc un *règlement d'organisation* au sens de l'art. 716b al. 2 ?

« *Ce règlement fixe les modalités de la gestion, détermine les postes nécessaires, en définit les attributions et règle en particulier l'obligation de faire rapport* ».

ATTENTION : ce n'est pas le titre du règlement, mais le contenu qui est important. Il y a l'élément de l'organisation qui est important (cf. théorie ci-dessous). Le CA doit faire les choses en ordre.

Donc, s'il n'y a pas de règlement et de base statutaire, c'est que la délégation n'est pas valable. Le juge, dans un procès, peut demander à voir le règlement, même s'il est secret.

Pierre-André pourra donc demander s'il y a un règlement au sens de 716b al. 2 2^{ème} partie CO et le consulter. A noter que les créanciers peuvent aussi le voir s'ils en font la demande. Le Conseil d'administration n'est pas obligé de l'envoyer, mais il peut le résumer et répondre par écrit. Si le CA refuse, P-A pourra attaquer avec l'art. 716b CO. Il faudra quand même ouvrir l'action au sens de 706 CO, car le délai est de 2 mois (706a CO). Une seule action peut suffire avec l'invocation de 706 et de 716 CO.

4. Délégation, conditions matérielles 716a CO (on part du principe qu'il y a un règlement et que les conditions formelles ci-dessus sont remplies)

Exemple : Si on permet à Jean de prendre toutes les décisions stratégiques, ce serait contraire à 716a CO qui fixe les attributions intransmissibles et inaliénables du CA, notamment la haute direction.

1. Règlement (716a CO)
2. Base statutaire doit être conforme à la loi (716a CO, condition matérielle). Il faut donc décortiquer la clause statutaire pour voir sa signification :

Dans cette clause adoptée par l'AG, le terme « *doit* » pose problème. L'art. 716b al. 1 CO parle de « *peuvent autoriser* ». Le « *doit* » est plus qu'une autorisation. Le problème est que selon l'art. 716a al. 1 ch. 2, le CA doit fixer l'organisation. Or, le « *doit* » oblige le Conseil. Est-ce que cette clause est contraire au droit ? Le CA a la responsabilité d'organiser la

société de manière efficace. Selon STOFFEL : dire que cette clause n'est pas valable n'est pas satisfaisant. On n'a pas assez d'éléments. La clause n'est pas invalidée, même si c'est un peu contraire à l'esprit de cette disposition 716a CO. / « *Un membre du CA* » = le CEO n'est en principe pas membre du Conseil. On exclut donc la façon la plus fréquente de le faire. On veut que ça soit un membre d'un Conseil qui gère. Selon STOFFEL, avec la jurisprudence actuelle, cela ne cause pas problème. / « *Indépendant des actionnaires* » donc un membre du CA, mais qui n'a pas d'actions ou qui n'est pas proche d'un actionnaire (exemple : un membre de la famille d'un actionnaire). Cela peut avoir un sens. STOFFEL est sceptique, mais il pense que le Tribunal fédéral laisserait passer cela. Il y a eu des cas un peu similaire où le TF a laissé voter les actionnaires. Dans notre cas, par cette clause, l'AG laisse un peu moins de pouvoir au CA. Normalement, c'est au CA de fixer l'organisation de la société (716a al. 1 ch. 2 CO). Le TF est relativement généreux et développe une jurisprudence libérale. Par conséquent, la base statutaire est valable. La majorité simple suffit (703 CO).

STOFFEL estime que 716b CO n'est pas cohérent. Car, il ne voit pas pourquoi il faut une clause statutaire si le CA a le devoir d'organiser la société et son fonctionnement selon 716a CO.

Conséquences : S'il y avait un défaut, la délégation ne serait pas valable. Le juge déciderait d'annuler la décision de l'AG, ainsi la délégation tomberait à l'eau. La gestion resterait en main du Conseil d'administration. Si la clause de délégation (décision de délégation de gestion matériellement) n'est pas valable, le Conseil d'administration devrait répondre comme s'il avait géré lui-même la société. Le CA resterait compétent pour la gestion. Si la clause était valable, le CA pourrait se décharger au niveau de sa responsabilité en partie en cas de problème (pour plus d'infos, cf. théorie ci-dessous, p. 6).

5. Utilisation de la délégation (décision concrète)

Si le CA nomme un incapable ? Peut-on attaquer cette décision ?

L'art. 714 CO est important. La nullité est applicable par analogie, mais pas l'annulabilité. *714 CO renvoie à 706b CO, mais pas à 706 CO*. Donc les décisions du CA sont toujours valables même si elles violent 706 CO. Les décisions du CA ne sont pas soumises à 706 CO.

Moralité : Nous avons une ingérence tolérée des actionnaires dans ce qui devrait être réglé par le Conseil d'administration.

Rappel théorique :**Annulabilité et nullité des décisions de l'AG (p. 553 ss.)**

Tous les actionnaires possédant minimum une action a le droit d'attaquer en justice les décisions de l'AG qui violent la loi ou les statuts (706 al. 1 CO). L'art. 706 al. 2 CO contient une *liste exemplative* des décisions susceptibles d'être attaquées. Il est généralement admis que le manquement à un principe général non écrit du droit de la SA ou à l'ordonnancement juridique en général doit également être qualifié de violation de la loi et peut donc être attaqué en justice. Par contre, la *proportionnalité* et l'*opportunité* d'une décision de l'AG échappent au contrôle judiciaire. Le juge de son côté peut seulement prononcer la nullité de la décision attaquée, mais ne peut en revanche rendre une décision formatrice et prendre des mesures positives.

Le droit d'attaquer les décisions de l'AG est régi par des règles particulières dans l'hypothèse où l'illicéité tient à la participation de personnes non autorisées à la prise de décision. Au sens de 691 al. 3 CO, le droit d'attaquer la décision n'existe dans ce cas-là que lorsque la société défenderesse ne peut démontrer que cette coopération n'a exercé aucune influence sur la décision prise. En outre, l'actionnaire attaquant une décision doit avoir un certain *intérêt à attaquer* celle-ci. La doctrine majoritaire estime que l'intention de veiller aux intérêts de la société est suffisant. Le TF est de son côté plus restrictif et exige que le succès de l'action ait une incidence positive sur la situation juridique de l'actionnaire demandeur. Il n'est pas exigé que ce dernier ait participé à l'AG. Néanmoins, un actionnaire manquerait à la bonne foi s'il consentait à une décision et attaquait celle-ci par la suite. Les tribunaux font souvent preuve de retenu en appréciant les actions en annulation des décisions sociales, car ils ne devraient pas substituer leur propre décision à celle prise par la majorité des actionnaires.

L'action doit être introduite dans les deux mois (706a al. 1 CO). C'est un délai péremptoire qui ne peut être, ni interrompu, ni prolongé par le juge.

A l'art. 706b CO, le droit de la SA mentionne expressément les décisions nulles de l'AG, c.-à-d. celles qui comportent un manquement qualifié à l'économie fondamentale du droit de la SA. Le grief tiré de la nullité n'est enfermé dans *aucun délai péremptoire* et peut en principe être invoqué par tout intéressé et à tout moment, y compris en dehors d'un procès. A noter que l'action en nullité exige toujours un intérêt du demandeur digne de protection. De plus, des motifs de nullité analogues s'appliquent aux décisions du Conseil d'administration (714 CO).

Selon la jurisprudence constante du TF et la quasi-unanimité de la doctrine, l'actionnaire ne possède pas de droit d'attaquer les *décisions du Conseil d'administration* qui sont contraires à la loi ou aux statuts ; il ne peut pas non plus empêcher la prise de telles décisions mais seulement intenter une action en réparation. Il existe une exception en la matière avec l'art. 106 al. 2 LFus autorisant à attaquer en cas de manquement. Les actionnaires disposent de l'*action en responsabilité en cas de manquement* par des membres du conseil d'administration et de l'organe de révision à leurs obligations. Ce droit appartient à chaque actionnaire (752 à 760 CO).

Prescriptions de forme relatives à la délégation de compétence (716b al. 1 CO) (p. 625ss)

Du point de vue *formel*, 716b al. 1 CO assortit la délégation de compétences par le conseil d'administration de deux conditions cumulatives. 1^{ère} : une *habilitation statutaire à déléguer des compétences* et, 2^{ème} un règlement d'organisation devant être arrêté par le Conseil d'administration, opérant une délégation dans les limites de l'habilitation statutaire et des restrictions légales (notamment celles de 716a al. 1 CO).

Si des fonctions d'organes sont délégués dans le respect des prescriptions de forme et sans empiétement sur des attributions intransmissibles, la responsabilité du CA et de ses membres se trouve réduite à due concurrence : ils ne répondent plus que de la diligence dans le choix, l'instruction et la surveillance des personnes auxquelles les attributions ont été déléguées (*cura in eligendo, instruendo, custodiendo* de 754 al. 2 CO).

Le règlement d'organisation (716b CO) (p. 626 ss)

Selon le *principe de parité**, l'assemblée générale n'est pas habilitée à adopter un règlement d'organisation pour le CA, cette compétence appartenant *exclusivement au CA* lui-même (716a al. 1 ch. 2 et 716b al. 1 CO).

L'AG peut cependant y exercer une influence. Au sens de 716b al. 1 CO des compétences ne peuvent être déléguées dans le cadre du règlement d'organisation qu'en présence d'une *habilitation statutaire* à cet effet. Les actionnaires peuvent ainsi empêcher la délégation d'attributions par le CA (et obliger le CA à conserver la gestion entre ses mains) en ne prévoyant pas une disposition en ce sens dans les statuts.

716b al. 2 CO oriente le contenu des règlements d'organisation. En outre, le règlement contient des dispositions administratives, les règles relatives à la prise de décision et aux pouvoirs de signature ainsi que des dispositions concernant les membres de l'organe pris individuellement (ex : préservation du secret, départ en cas de partialité, limite d'âge..).

Le règlement d'organisation n'est pas *public*. Néanmoins, à la *requête d'actionnaires ou de créanciers* de la société qui rendent vraisemblable l'existence d'un intérêt digne de protection, le CA les informe par écrit au sujet de l'organisation de la gestion (716b al. 2 CO).

*le **principe de parité** : chaque organe est investi de certaines attributions inaliénables (pour l'AG 698 CO / pour le CA 716a CO). Cela est à l'opposé de la *théorie de l'omnipotence* selon lequel la société peut prendre toutes les décisions, mais également du *Führerprinzip* (prédominance de l'administration) selon lequel l'administration peut concentrer tous les droits entre ses mains.

CAS n° 13

Cavallo SA est une SA active dans le domaine des installations sanitaires et du chauffage. Son capital-actions de CHF 500'000.- est détenu à raison de CHF 260'000.- par Tony Cavallo ainsi que par Jean Cavallo et Adrienne Cavallo, chacun à raison de CHF 120'000.-.

Tony a dirigé seul la société pendant une vingtaine d'années, comme Président du Conseil d'administration et directeur, avec signature individuelle. Depuis quelques années, Tony s'est retiré de la gestion, reprise par son frère Jean, et n'a conservé que la présidence du Conseil d'administration en gardant son droit de signature individuelle.

L'année passée, Tony avait organisé une grande fête de plusieurs jours, d'une part, pour ses soixante ans et d'autre part, pour les trente ans de l'entreprise Cavallo SA. Il a fait construire trois tentes au bord du lac de Schifflenen et engagé un orchestre de chambre pour une soirée musicale ainsi que plusieurs groupes de jazz pour deux autres soirées, le tout pour un montant de CHF 420'000.-. Anne, organisatrice de manifestations (*event organizer*), n'a signé le contrat qu'à condition que Cavallo SA se porte garante pour le versement du prix. Tony a décidé de faire donner cette garantie par la société et a signé la garantie au nom de Cavallo SA.

Tony étant tombé gravement malade peu après la fête, il n'a pu régler la facture. Anne se tourne vers la société et réclame le versement des CHF 420'000.-. Jean, apprenant l'existence de cette garantie à ce moment, se demande si la société est effectivement tenue par cette garantie ; en effet, un engagement d'une telle ampleur aurait nécessité l'aval du Conseil d'administration, selon le règlement d'organisation.

Jean vous demande conseil pour la société.

1. Etat des faits

- Cavallo SA : Capital de 500'000.- avec 260'000.- pour Tony Cavallo / 120'000.- pour Jean Cavallo / 120'000.- pour Adrienne Cavallo ;
- Tony a dirigé l'entreprise pendant 20 ans. Maintenant, il est Président du CA avec un droit de signature individuelle, mais n'exerce plus la gestion.
- Tony a organisé une grande fête pour ses 60 ans et pour les 30 ans de la société. La fête a coûté 420'000.-.
- Anne, organisatrice de la manifestation, a signé le contrat uniquement avec comme condition que Cavallo SA se porte garante pour le versement du prix.
- Tony a signé cette garantie au nom de la société.
- Tony est tombé gravement malade peu après la fête et n'a pas réglé la facture de la fête.
- Anne se retournait vers la société pour exiger le paiement.
- Jean estime qu'un tel engagement aurait nécessité l'aval du CA selon le règlement d'organisation.

Question : La société doit-elle répondre de cette garantie ?

2. La représentation (art. 718 CO)

718 al. 1 CO : Le Conseil d'administration représente la société. Chaque membre du CA a le pouvoir de représenter la société, sauf si un *règlement d'organisation des compétences internes* ou *les statuts* disent autre chose.

Exemple : Dans le règlement d'organisation (interne), on pourrait dire que les contrats jusqu'à 200'000.- sont du ressort du Président du CA, ceux qui dépassent sont du ressort du CA.

718a CO : conditions :

1. *Agir dans le but social de la société*

2. *Agir au nom de la société* (représentation directe, déclarée). On remarque que quelqu'un a agi au nom de la société quand, par exemple, il y a un tampon, un papier-lettre ou quand on est dans les locaux... C'est assez libre dans la façon de faire. Ceci est particulièrement important, surtout pour les personnes ayant plusieurs activités professionnelles ou d'administrateurs. Il faut agir dans le sens du but social de la société que l'on retrouve dans les statuts, ainsi qu'au registre du commerce. Mais le but indiqué est souvent formulé de manière assez large.

Dans notre cas, la garantie signée par Tony engage clairement la société. L'anniversaire de la société est couvert par le but, l'anniversaire du patron est plus discutable. Il faudrait analyser les deux parts à savoir si un des deux anniversaires est « nettement » plus

prépondérant que l'autre, mais c'est compliqué. Le montant de 420'000.- est cependant élevé.

3. Compétence interne (liée au règlement d'organisation) :

La limite du montant pour les engagements ? Au vu du montant, il aurait dû faire approuver cette dépense par le CA. Les *compétences internes* (contenues dans le règlement d'organisation) sont violées, comme l'indique Jean dans la donnée. Rappel : Au niveau interne, l'organisation des compétences est libre !

4. Conséquences externes (cf. annexe Crema SA pour exemple)

718a al. 2 CO : la loi *limite le pouvoir de représentation (externe)*, contrairement aux *compétences (interne)*. Pour limiter cela, on peut *inscrire au RdC* le principe de la *signature collective* (« représentation commune de la société ») et/ou la *limitation à une filiale ou à une succursale* (718 al. 2 *in fine* CO) Exemple : possibilité de représenter seulement la succursale d'UBS Fribourg, et pas l'ensemble du groupe UBS. Il n'est pas possible, par contre de limiter le montant de compétence au RdC avec cette disposition (cela doit se faire à l'interne dans le règlement d'organisation). C'est une question de motivation pratique : une protection du tiers, sinon le tiers devrait chaque fois vérifier si la personne en face peut représenter la société ou non. Rappel : Dans les contrats, il n'y a pas de *numerus clausus*, contrairement aux formes de société possibles. Une signature individuelle indiquée au RdC = aucune limite du pouvoir de représentation.

Par rapport à Anne :

Représentation valable : la société est engagée, malgré la violation des compétences qui relève de l'interne. 718a al. 2 1^{ère} phrase CO : « *une limitation de ces pouvoirs n'a aucun effet envers les tiers de bonne foi* ». *A contrario*, si le tiers est de mauvaise foi, la limitation du pouvoir de représentation a des effets sur lui. Notion de *mauvaise foi* = connaître un défaut juridique. Notion de *bonne foi* : méconnaître un défaut juridique (la conscience de l'irrégularité juridique fait défaut malgré un vice juridique ATF 99 II 131 JdT 1974 I 130).

Anne aurait été de mauvaise foi, si elle avait reçu l'info qu'il y avait une limitation de compétence interne dans le règlement d'organisation et qu'elle avait fait semblant de rien.

Il pourrait éventuellement y avoir *une mauvaise foi selon les circonstances*, en disant qu'Anne aurait dû mieux s'informer. Mais ici, rien ne va dans ce sens, sauf peut-être qu'il s'agissait en partie de l'anniversaire du patron. Anne a accepté le contrat seulement parce que Cavallo SA s'est porté garant selon son souhait. Mais dans ce cas, c'est un peu léger.

Concernant l'anniversaire du patron :

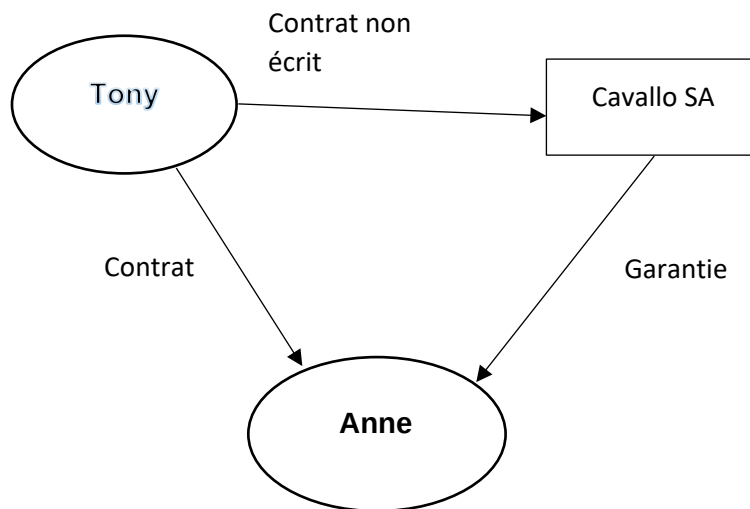
On peut parler de *conflit d'intérêt* : Tony a le pouvoir de représenter la société, mais également le pouvoir de se représenter soi-même (représentation personnelle). Son intérêt est de financer son anniversaire et l'intérêt de la société est de ne pas financer un anniversaire trop cher.

Implicitement, Tony a également un contrat avec la société car il a donné un mandat à la société de fournir une garantie. Techniquement, il s'est mandaté avec soi-même (contrat avec soi-même). Le fait que la société donne la garantie est une exécution. On parle du contrat avec soi-même dans l'art. 718b CO qui nécessite une *forme écrite*, sauf si le contrat

repose sur une opération courante pour laquelle la prestation de la société ne dépasse pas 1'000.-. Au vu du montant, il faudrait un contrat écrit entre Tony et la société, ce qui n'est pas le cas ici. Le *mandat de fournir la garantie* n'est pas passé en la forme écrite, dès lors pas valable, mais exécuté quand même car la garantie a été donnée. L'exécution a cependant été faite à la forme écrite. Conséquence : La garantie donnée à Anne est valable, mais le contrat de mandat entre Tony et Cavallo SA n'est pas valable. Il est ainsi facile de détourner la règle de 718b CO. Tony ne pourrait cependant pas demander l'exécution à la société, car le contrat n'est pas valable. Le conflit interne ne conduit cependant pas à l'invalidation vis-à-vis de l'extérieur. La non-validité du contrat entre Tony et la société fait que cette dernière peut se retourner contre Tony. Tony n'a pas été fidèle envers la société, mais envers ses intérêts propres. Il faut l'actionner sous l'angle de 718b CO (vice de forme) et de 717 CO (vice matériel). L'art. 717 CO suffit, pas besoin du 754 CO sur la responsabilité des administrateurs. Stoffel rappelle que cette disposition demande un dommage.

Pour ne pas avoir de problème, Tony aurait dû demander l'autorisation au Conseil d'administration ou demander par exemple à 2 administrateurs de signer le contrat au nom de la société.

En résumé : Si Anne, qui est de bonne foi, demande l'exécution à la société, la société doit fournir la garantie. Si Tony demande à la société de fournir la garantie, la société ne doit pas fournir la garantie.



Rappel théorique

Le fait de passer des actes juridiques pour le compte de la société dans les rapports externes est dénommé « **représentation** ». Il s'agit là, d'un côté, de la question de savoir dans quelle mesure une personne est habilitée à agir de manière à engager juridiquement la société (= la question du pouvoir de représentation interne) et d'un autre côté, de celle de savoir dans quelle mesure les actes juridiques conclus au nom de la société est imputables à celle-ci (= la question du pouvoir de représentation externe). Ce dernier concept désigne le domaine du pouvoir juridique, à savoir la possibilité de produire directement des effets juridiques pour la société. Le *pouvoir de représentation interne*, en revanche, désigne la sphère de la faculté juridique du représentant ou de l'organe. Exemple : un fondé de pouvoir, au niveau du pouvoir interne, dispose généralement d'un pouvoir limité à un certain montant déterminé. En cas de dépassement de la limite, le fondé de procuration engage sa responsabilité sur le plan interne, mais l'acte passé par lui reste valable (§2 n° 115).

En vertu du droit dispositif, le Conseil d'administration est l'*organe de représentation* de la société (718 al. 1 CO). Le pouvoir de représentation individuel de chaque membre du CA prévu par la loi souffre des dérogations, celles-ci sont très fréquentes dans la pratique (§16 n° 393). Le pouvoir de représentation ne peut, lui non plus, être transféré intégralement à des tiers. Le CA peut nommer des tiers comme représentation de la société, aussi bien des directeurs que des fondés de procuration et des mandataires commerciaux (718 al. 2 – 721 CO). Certains administrateurs peuvent même être privés du droit de représenter la société, ce qui arrive souvent dans les CA ayant de nombreux membres. Il faut rappeler qu'au moins un membre de CA doit avoir qualité pour représenter la société (718 al. 3 CO). Cela doit être compris en ce sens que, même si une signature collective peut être prévue également pour les membres du CA, par analogie avec l'art. 460 al. 2 CO, les administrateurs n'en doivent pas moins toujours disposer d'un pouvoir de représentation individuel. Il serait par exemple inadmissible de n'investir qu'un seul membre du CA du pouvoir de signer pour la société et de stipuler que cet administrateur ne pourrait représenter la société que conjointement avec un directeur ou un fondé de pouvoir. Est par contre acceptable, une règle selon laquelle *les membres du CA ou certains d'entre eux doivent signer collectivement à deux* (§16 n° 428).

L'étendue des pouvoirs de représentation est réglée à l'art. 718a al. 1 CO. Ils couvrent tous les actes juridiques « que peut impliquer *le but social* » (§16 n° 394). Dans le cas de ces contrats conclus entre les actionnaires et la société, il existe souvent un *contrat avec soi-même* : le représentant de la SA conclut un acte juridique avec soi-même (par ex : travailleur, caution, prêteur). La problématique du contrat avec soi-même est évidente : il existe souvent un *conflit d'intérêts* manifeste. Pour cette raison, selon la jurisprudence constante du TF, le **contrat avec soi-même emporte l'absence de validité de l'acte juridique en question, à moins que le risque d'un désavantage pour le représenté ne soit exclu par la nature de l'acte, ou que le représenté n'ait autorisé le représentant à contracter avec soi-même ou ne ratifie l'acte**. Depuis 2008, il est également exigé que les contrats entre la société et son représentant soient passés en la *forme écrite*, sauf s'il s'agit d'une opération courante pour laquelle la prestation de la société ne dépasse pas 1'000.- (718b CO) (§16 n° 245ss).

CAS n° 14

La société Meccano SA, à Bulle, dispose d'un capital-actions de fr. 200'000.-, réparti en 200 actions nominatives à fr. 1'000.- chacune. La majorité des titres est détenue par les trois frères Riedo, mais 30 actions appartiennent à d'autres membres de la famille, notamment des cousins.

Le Conseil d'administration de la société est composé des trois frères Riedo, à savoir de Pierre, Jacques et Philippe. Philippe est en même temps le directeur de l'entreprise, alors que Pierre, l'aîné des trois frères, qui ne travaille plus qu'à mi-temps, s'occupe du « bureau » et de la comptabilité.

Meccano SA, qui emploie 12 personnes dont quatre à mi-temps, ne doit pas disposer, selon les statuts, d'un organe de révision. Elle fait néanmoins contrôler ses comptes par l'épouse du frère aîné, Jeanine Riedo, qui est employée de commerce.

Caroline, une des cousines qui détient 5 actions, vient de recevoir les comptes pour l'exercice écoulé ainsi que la convocation à l'assemblée générale, qui doit se dérouler dans trois semaines et demie. Le Conseil d'administration propose l'adoption des comptes, mais veut renoncer au versement d'un dividende, au vu des résultats moyens obtenus et des difficultés conjoncturelles.

Caroline se méfie des comptes qui viennent de lui être soumis. Elle vous demande conseil sur les possibilités qui sont à sa disposition dans ce contexte.

1. Etat des faits :

- Meccano SA : CA de 200'000.- (200 x 1'000.-) : 3 frères Riedo ont la majorité (170 actions) – le reste (30 actions) est en main de cousins ;
- CA de la société est composé des 3 frères Riedo : Pierre, Jacques, Philippe ;
- Philippe est directeur / Pierre travaille à mi-temps au bureau et pour la compta ;
- 12 employés dont 4 à mi-temps – pas d'organe de révision selon les statuts ;
- Contrôle des comptes par l'épouse de Pierre (bureau), Jeanine, employée de commerce ;
- Le CA souhaite adopter les comptes pour l'AG et renoncer aux dividendes ;
- Caroline (cousine qui détient 5 actions et qui a reçu les documents pour l'AG) se méfie des comptes.

Question : Quels sont les moyens à disposition de Caroline ?

2. Le Conseil d'administration, la révision

Il s'agit des 3 frères qui sont membres : dont Philippe qui est Directeur (délégation de gestion 716b CO). Le terme exact est le *délégué du Conseil d'administration*. De plus, Pierre s'occupe de la comptabilité (du bureau). Le réviseur est Jeanine, épouse de Pierre.

Rappel : compétence de gestion au CA (716 CO) traitée dans le tutorat n° 13.

3. Quelle révision ?

Contrôle ordinaire : 727 al. 1 ch. 1 et ch. 2 CO ne s'appliquent pas. **Rappel** : Pour application de l'art. 727 al. 1 ch. 1 CO : il faut une société cotée ayant certaines caractéristiques indiquées dans la disposition comme une cotation boursière... (ouverte au public) et pour l'application du ch. 2 CO : il faut que min. 2 des 3 valeurs indiquées ci-après soient dépassées au cours de deux exercices successifs : total du bilan : 20 mio. / chiffre d'affaires : 40 mio. / effectif : 250 EPT en moyenne annuelle.

Contrôle restreint : 727a CO : al. 1 : la loi l'introduit *négativement* : « *lorsque les conditions d'un contrôle ordinaire ne sont pas remplies* ». Ainsi, si on n'est pas dans l'art. 727 CO = 727a CO. Dans notre cas, on a fait un *opting out (renonciation)* du contrôle de révision (727a al. 2 CO). **Condition formelle** pour la renonciation :

Le consentement de l'ensemble des actionnaires : cela signifie l'unanimité de l'AG (cela sous-entend les actions représentées). Par conséquent, chaque actionnaire a un droit de veto individuel subséquent au sens de l'al. 4 2^{ème} phrase CO au plus tard 10 jours avant l'AG. Le Conseil d'administration a également une autre possibilité d'obtenir le consentement des actionnaires par voie de circulaire au sens art. 727a al. 3 CO. La loi demande que pour la circulaire, le CA fixe un délai minimal de 20 jours pour la réponse. De plus, le CA doit indiquer les conséquences du silence qui équivaut au consentement. Le droit de veto subséquent de 727a al. 4 2^{ème} phrase (max 10 jours avant l'AG) s'applique

aussi si on n'utilise l'hypothèse de la circulaire au sens de 727a al. 3 CO. Si le droit de veto subséquent est activé par un actionnaire, le CA devrait organiser un réviseur qui faudra élire durant l'AG (al. 4 *in fine* CO).

Conséquence de l'opting out (renonciation sans veto) : on n'a plus d'organe de révision. Le Conseil d'administration doit adapter les statuts et requérir la radiation de l'organe de révision du registre du commerce (727a al. 5 CO). De plus, au sens de 727a al. 4 1^{ère} phrase CO, la renonciation à l'organe de révision vaut pour l'année en cours soit 2017, mais cela ne comprend pas les comptes 2016 non encore adopté. Mais en pratique, comme les actionnaires ont soutenu unanimement la renonciation, cela ne va pas poser de problème pour 2016. Cela vaudra aussi pour les années subséquentes donc 2018 et ss.

Conditions matérielles pour 727a al. 2 CO :

1. Ne pas entrer dans le champ d'application du contrôle ordinaire de 727 CO (implicite) ;
2. *Ne pas dépasser 10 emplois à plein temps en moyenne annuelle* : dans notre cas, cela fait 10 EPT. La condition matérielle est remplie. Un emploi de plus et la condition n'est plus remplie.

Conséquence du veto 727a al. 4 2^{ème} phrase CO (ce qui intéresse Caroline) : l'Assemblée générale doit élire un réviseur (727a al. 4 dernière phrase) : cela vaudrait pour les comptes de l'année 2017, soit l'année en cours et pour l'année écoulée. Cela est donc aussi possible, mais il faudra convoquer une assemblée extraordinaire pour accepter les comptes et les dividendes ou voter les comptes et dividendes de deux années durant l'Assemblée ordinaire de 2018.

Les dix jours du 727a al. 4 sont dus au fait que l'on reçoit l'invitation pour l'Assemblée générale 20 jours avant (700 CO). Cela laisse 10 jours de battement pour que les actionnaires puissent analyser et s'opposer.

Caroline devra demander de réinstituer l'organe de révision au plus tard 10 jours avant l'AG. Si elle le fait 9 jours avant, c'est trop tard et cela se fera pour la prochaine Assemblée générale. On élira quand même un organe de révision à l'AG, mais qui prendra effet pour l'année suivante.

4. Jeanine peut-elle réviser ?

Qualification professionnelle de 727c CO : il faut être réviseur agréé au sens de la LSR : Jeanine ne dispose pas des diplômes nécessaires. Elle est employée de commerce mais rien dans la donnée au sujet d'éventuels autres diplômes (cf. rappel théorique) ;

Indépendance 729 CO pour le contrôle restreint : Jeanine est l'épouse du comptable de la société. Ce qui est problématique. (cf. rappel théorique)

A noter : vous trouvez la LF sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (**LSR**) dans le code annoté dès la p. 812.

Rappel théorique

Division entre contrôle ordinaire et restreint (p. 638 ss)

Contrôle ordinaire (727, 727b et 728 à 728c CO) : est prévu pour les grandes entreprises. Il doit être réalisé par un expert-réviseur agréé, voire par une entreprise de révision soumise à la surveillance de l'Etat. Les exigences relatives à l'indépendance de l'organe sont sévères, et le domaine de ses attributions est étendu. = contrôle ordinaire qualifiée

Contrôle restreint ou review (727a, 727c, 729 à 729c CO) : les critères sont moins rigoureux : le contrôle peut être effectué par un réviseur agréé. Les exigences relatives à l'indépendance de ce dernier sont limitées, et le domaine de ses attributions réduit.

ATTENTION : Le contrôle restreint vise 95% de toutes les SA et l'ordinaire est l'exception.

Opting-up : vise à opter pour un régime plus rigoureux. Une minorité d'actionnaires peut imposer un durcissement du régime obligatoire (727 al. 2 + 727 al. 3 CO). Les sociétés qui ne sont pas légalement tenues d'instituer un contrôle ordinaire peuvent décider de l'opting-up, et celui-ci constitue également un droit des minorités. Des actionnaires qui représentent 10% du CA peuvent exiger l'institution d'un contrôle ordinaire, même lorsqu'un contrôle restreint aurait suffi en vertu de 727 al. 2 CO. 727 al. 3 CO : un opting-up peut également être prévu dans les statuts ou décidé par l'AG. A noter que la possibilité d'option-up spécifique existe aussi pour la Sàrl à l'art. 818 al. 2 CO.

Opting-out : 727a al. 2 CO : si tous les actionnaires sont d'accord, la société peut renoncer au contrôle restreint lorsque son effectif ne dépasse pas 10 EPT en moyenne annuelle. Ceci dans le but d'alléger la charge financière des petites sociétés. Cette règle, dont profitent déjà la plupart des petites sociétés, entend alléger la charge financière qui pèse sur celles-ci.

Opting-down : assouplissement du régime obligatoire décidé par l'unanimité dans les petites sociétés. A lieu de supprimer le contrôle restreint, il est également possible d'instituer une forme de contrôle qui ne remplit pas les exigences prévues pour le contrôle restreint s'agissant du contrôleur, de son activité ou des deux à la fois.

A noter que l'organe de révision ne peut pas être actionnaire. Cela compromettrait son indépendance (728 al. 2 ch. 2 CO). Egalement valable pour le contrôle restreint au sens de 729 al. 1 CO.

Exigences quant aux qualifications des réviseurs (p. 641ss) :

Le *contrôle restreint* nécessite un *réviseur agréé* par l'Etat au sens de l'art. 5 LSR = une formation déterminée + une pratique professionnelle d'un an.

La *révision des sociétés ayant une certaine importance économique* (selon critères de 727 al. 1 ch. 2 CO) doit être assurée par un *expert-réviseur agréé* (727b al. 2 CO). Celui-ci doit attester, outre une formation correspondante, d'une pratique professionnelle de cinq ans ou même douze ans en fonction de la formation (4 al. 2 LSR).

Les *sociétés ouvertes au public* (727 al. 1 ch. 1 CO) ont des exigences encore plus grandes (6 al. 1 LSR). Elles doivent désigner comme organe de révision une entreprise de révision soumis à la surveillance de l'Etat (727b al. 1 CO).

Exigences d'indépendance (p. 642 ss)

Pour le contrôle ordinaire selon 728 CO : L'indépendance du réviseur ne doit être restreinte *ni dans les faits, ni en apparence* (728 al. 1 2^{ème} phrase). La loi énumère de manière non exhaustive un certain nombre de situations incompatibles avec le principe d'indépendance de l'organe de révision (728 al. 2 CO). A noter que la loi exclut même l'acceptation d'un mandat qui entraîne une dépendance économique (728 al. 2 ch. 5 CO). Cette exigence est précisée pour les entreprises de révision soumises à la surveillance de l'Etat, à l'art. 11 al. 1 let. a LSR : les honoraires que l'entreprise de révision perçoit annuellement pour les prestations de révision et les autres services qu'elle fournit à une seule et même société ne peuvent dépasser 10% du montant total des honoraires encaissés.

Pour le contrôle restreint : la loi est plus souple sur les exigences. La loi requiert de manière générale que l'organe de révision puisse former son appréciation en toute objectivité et que son indépendance ne soit restreinte ni dans les faits, ni en apparence même dans le cadre du contrôle restreint (729 al. 1 CO). Cependant, la collaboration à la tenue de la comptabilité et la fourniture d'autres prestations à la société soumise au contrôle sont expressément autorisées (729 al. 2 CO).

A noter que l'organe de révision doit s'acquitter de ses attributions de manière *diligente*. Cette règle ne découle pas directement de la loi, mais il en va de la responsabilité de l'organe de révision si l'organe cause un dommage en manquant intentionnellement ou par négligence à ses devoirs (755 al. 1 CO).

L'organe de révision doit de plus rendre compte de son indépendance et des qualifications professionnelles des personnes ayant dirigé la révision (728b al. 2 ch. 2 et 3, 729b al. 1 ch. 3 et 4 CO).

Devoirs de contrôle (p. 645)

Il faut rappeler que l'esprit du contrôle au sens de 728 al. 1 CO a pour but de vérifier l'*exactitude formelle* de la compta et des comptes annuels et l'*exactitude matérielle*. La vérification peut et doit se limiter à un contrôle au moyen d'échantillonnages.

Une *distinction négative* continue de s'appliquer selon 728a al. 3 et 729a al. 3 CO. Il rappelle que l'organe de révision n'a pas à évaluer l'opportunité de la politique de l'entreprise et le bien-fondé des décisions prises par la direction et le CA.

Pour le contrôle ordinaire : Le but est de permettre à l'OdR de formuler des *affirmations positives* à savoir : que les comptes et autres sont conformes au droit, aux statuts (728a al. 1 ch. 1 CO) et que les propositions du CA à l'AG sur l'emploi du bénéfice est conforme au droit et aux statuts (728a al. 1 ch. 3 CO).

Pour le contrôle restreint : Ce contrôle doit fournir les bases pour une *affirmation négative* afin que l'OdR puisse confirmer *ne pas avoir* rencontré d'éléments permettant de conclure que les documents et propositions communiqués à l'AG ne sont pas conformes au droit, aux statuts. L'OdR doit donc vérifier s'il existe des faits dont il résulte que les comptes annuels ne sont pas conformes aux dispositions légales ou statutaires, mais également que les propositions du CA sur l'emploi du bénéfice n'est pas conforme aux dispositions légales et statutaires (729a al. 1 CO). L'intensité du contrôle varie aussi car la loi dit qu'il se limite à des auditions, à des opérations de contrôle analytiques et à des vérifications détaillées appropriées (729a al. 2 CO).

Le contrôle restreint contrairement au contrôle ordinaire n'a donc pas pour but de constater la conformité à la loi, mais *seulement de rechercher des indices de manquements à des règles*.

CAS n° 15

La société Serac SA avec un capital-actions de fr. 200'000.-, réparti en 200 actions nominatives à fr. 1'000.- chacune, produit des outils de précision. Son conseil d'administration est composé de trois membres. Pierre Serac est le délégué du conseil d'administration et gère l'entreprise, conformément au règlement d'organisation.

En mai de l'année passée, la société a remplacé son ancien parc de machines par de nouveaux instruments fonctionnant selon un procédé innovateur qui venait d'être breveté. Le prix d'achat des nouvelles machines s'élevait à fr. 450'000.- ; l'acquisition fut financée partiellement par un emprunt bancaire à raison de fr. 350'000.-.

Il s'est avéré rapidement que les nouvelles machines ne correspondaient pas aux attentes si bien qu'il a fallu procéder à une correction de valeur à concurrence de fr. 200'000.-. Le bilan ordinaire à la fin de l'année se présentait dès lors comme suit :

Bilan			
Actifs		Passifs	
	40'000.-	Emprunt	350'000.-
	50'000.-		150'000.-
Stocks	70'000.-	Réserve statutaire	40'000.-
Machines	250'000.-	Réserve légale	40'000.-
	170'000.-		200'000.-
Perte	200'000.-		
Total	780'000.-	Total	780'000.-

Jean-Jacques Petitgris qui possède 20 actions de Serac SA est de l'avis que la perte est due à l'échange inconsidéré et irresponsable de l'ensemble de l'ancien parc de machines contre de nouvelles installations qui n'avaient pas encore fait leurs preuves.

Jean-Jacques Petitgris vient vous voir pour vous demander s'il y a une responsabilité de Pierre Serac et/ou du conseil d'administration.

1. Etat des faits :

- Serac SA : Capital-actions de 200'000.- (200 actions à 1'000.-)
- Conseil d'administration de 3 membres dont Pierre : délégué du CA (716b CO) et gestionnaire de l'entreprise selon règlement d'organisation
- La société a remplacé son ancien parc de machines : nouveau parc acheté pour 450'000.-, financé par un emprunt bancaire de 350'000.- → décision
- Les nouvelles machines ne correspondent pas aux attentes. En conséquence = correction de valeur de 200'000.- (- 200'000.-). Cela crée une perte de 200'000.- au bilan.
- Jean-Jacques Petitgris possède 20 actions : fâché avec cette perte qui serait due à l'échange inconsideré et irresponsable du parc des machines

A noter que la perte et le poste « machines » sont très importants dans le bilan par rapport au reste.

2. Responsabilité :

Du Conseil d'administration et/ou du délégué du Conseil d'administration

3. Responsabilité des organes (art. 752 à 760 CO)

L'art. 754 CO nous intéresse tout particulièrement. 754 CO parle de l'illicéité, de la faute, du dommage + des auteurs (responsables).

Illicéité : violation des devoirs → 717...et tout ce que la loi dit sur le Conseil d'administration

Dommage : notion générale : diminution du patrimoine (perte) ou gain manqué

Les auteurs (responsables) : cela ne peut pas être n'importe qui : Les *membres du CA et/ou toutes les personnes qui s'occupent de la gestion* (membres de la direction : organe de fait = ceux qui gère) et/ou les liquidateurs. Il y a gestion au sens générale selon 716/716a CO et gestion au sens étroit déléguable au sens 716b CO.

Faute : la faute découle des **tâches décrites par la fonction prescrite par la loi**. La faute ne découle donc pas de l'intention subjective. La *diligence se mesure à la tâche* et non aux capacités de la personne visée. Si on est membre du Conseil d'administration d'UBS, notre tâche est définie par le rayon d'activités d'UBS. On ne peut pas dire que l'on ne comprend pas, sinon on aurait dû refuser le mandat d'administrateur. Ça ne serait pas juste de dire que le créancier doit supporter la perte que les membres du CA disent ne pas comprendre. *Le fait de violer la loi est une faute qui nous est imputable.*

On peut ainsi dire que les tâches sont déterminées par la nature, *la loi*, les circonstances et le secteur économique de l'entreprise.

4. Diligence :

Fondement légal : 717 CO : il s'agit de l'appréciation *ex post (après les faits) / ex ante (au préalable)* : Ici, il s'agit d'*ex ante* : on viole nos obligations de diligence quand on décide. Dans une appréciation *ex post*, la survenance d'un dommage montre que le risque commercial est réalisé, mais pas nécessairement la violation de la diligence. C'est donc pas facile de déterminer. Que pouvait-on prévoir ?

Le **Business Judgment Rule** (laisse une appréciation du risque aux business woman/men et met l'accent sur le processus de décision): conditions cumulatives:

- 1. *Décision commerciale* : ok, investissement dans des nouvelles machines = clairement commercial
- 2. *Processus de décision légale* (conformément à la loi et aux statuts) : il faudrait éventuellement un vote valable de la part du Conseil d'administration suivant le règlement d'organisation. Si pas de règlement, le CA serait compétent, mais ici, il y en a un. Donc cela laisse à croire qu'il y a une base statutaire et un règlement d'organisation. La condition semble remplie.
- 3. *Informations suffisantes* : rien de spécifique dans la donnée. Cependant, les machines sont des nouveaux procédés qui viennent d'être brevetés. Il faut également ajouter qu'il y a un emprunt bancaire conséquent pour les acheter : est-on sûr que cela soit rentable ? Afin de garantir le payant des intérêts ? De plus, l'ensemble des machines ont été remplacées par Pierre en une fois... Pierre a donc beaucoup concentré le risque, il aurait, par exemple, pu garder une partie des anciennes machines. Comment peut-on savoir si cette info existait ou non ? Il faudrait regarder s'il y a des documents internes de Serac SA : par exemple, PV du CA avec annexes (pour rappel : les délibérations et les décisions du CA doivent être consignées dans un PV signé par le Président et le Secrétaire au sens de 713 al. 3 CO). La BJR favorise ainsi ceux qui sont bien documentés. Il faut aussi regarder selon les circonstances : y avait-il une urgence quant à l'achat des nouvelles machines ? **Donc la condition n'est pas vraiment remplie, car ce n'est pas judicieux de tout remplacer, d'autant plus si on fait un emprunt bancaire.**
- 4. *Absence de conflit d'intérêts* : non, pas d'intérêt personnel en jeu dans ce cas.

Si les conditions de la BJR avaient été remplies, la décision aurait été protégée, sauf si la décision est insoutenable (une forme d'arbitraire selon Stoffel). Il faudrait par exemple démontrer qu'on a la documentation nécessaire, mais que le CA a décidé le contraire. Si la *décision est insoutenable*, c'est assimilable à une violation de l'obligation de fidélité (717 CO).

Si les conditions ne sont pas remplies (ce qui est le cas ici, notamment avec la condition 2 sur l'information suffisante), on fait une *analyse sévère et entière*. → Examen sans retenu ! La donnée fait donc penser qu'il y a peut-être une violation de l'obligation de diligence, problème avec l'information qui nous indiquait que l'on ne devait pas remplacer tout à la fois. Cette décision de remplacer est matériellement dure à soutenir. On va donc faire une analyse pleine et entière, sans retenu.

5. Contre le délégué ou le CA (les membres) ?

Art. 754 al. 1 et 2 CO:

Pierre, de toute façon, a violé le devoir de diligence, car on lui a délégué le pouvoir de gestion: il est bénéficiaire de la délégation.

Les 2 autres membres du CA répondent sous l'angle de 754 al. 2 CO : du choix (a-t-on bien choisi Pierre ? *cura in eligendo*) / de l'instruction (l'a-t-on bien inscrit ? *cura in custodiendo*) / de la surveillance (l'a-t-on bien surveillé ? *cura in instruendo*).

C'est une *forme de clause libératoire*. Le fardeau de la preuve pour les curies incombe aux 2 membres du CA. Il faut cependant s'assurer que la clause de délégation est valable au sens de 716b CO : statuts + règlement d'organisation. Il faut encore que la décision d'acheter ces machines soit prise dans le respect du règlement.

Donc si on a délégué de façon licite, on ne répond plus que sous l'angle des curies. Ici, Pierre avait fait une délégation licite car il pouvait investir.

J-J Petitgris pourra donc attaquer Pierre entièrement. Il pourra aussi attaquer les deux autres membres : en admettant qu'ils ont valablement délégué, les deux devront prouver qu'ils ont bien choisi Pierre, qu'ils l'ont bien surveillé, qu'ils l'ont bien instruit.

Dans notre hypothèse, on va agir contre Pierre ou bien contre les deux autres.

Si la délégation n'était pas valable, le CA devrait répondre et n'aurait pas la clause libératoire (*eligendo, custodiendo, instruendo*).

Rappel théorique :

Si des fonctions d'organes sont délégués dans le respect des prescriptions de forme et sans empiétement sur les attributions intransmissibles, la *responsabilité du CA et de ses membres* se trouve réduite à due concurrence : ils ne répondent plus que de la diligence dans le choix, l'instruction et la surveillance des personnes auxquelles les attributions ont été déléguée (*cura in eligendo, instruendo et custodiendo*, 754 al. 2 CO) (§16 n° 437).

Le droit de la SA contient aux art. 752 à 760 CO, des dispositions relatives à la responsabilité personnelle à raison des manquements d'un cercle de personnes au centre duquel se trouvent les membres du CA et de la direction et l'organe de révision. A noter que ces règles s'appliquent également à la Sàrl.

Le cercle des responsables p. 660 s.

Sont tenus personnellement si manquements d'après le droit de la responsabilité de SA, les membres du CA et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation au sens de 754 al. 1 CO.

Le terme « s'occuper » a été choisi intentionnellement. L'on cherche à préciser de cette manière que cette règle ne vise pas seulement les administrateurs et les autres organes au sens *formel* (les membres de la direction et des organes dirigeants de la SA ou du groupe, au final peu importe qu'il ait été désigné officiellement). On parle également dans ce contexte d'organes au sens *matériel* ou *organes de fait*, à côté des organes au sens formel. Un actionnaire principal ou unique peut devoir répondre selon les règles prévues pour les organes, s'il s'immisce dans la gestion au lieu de se borner à exercer ses droits d'actionnaire (problème que l'on retrouve majoritairement dans les groupes de sociétés). Peut également être considéré comme un organe sur le plan de la responsabilité celui qui suscite, vis-à-vis de l'extérieur, l'*apparence* qu'il possède les attributions d'un organe. On appelle cela l'*organe par communication* pour un administrateur « tacite » qui ne gardait pas le silence mais se targuait vis-à-vis de tiers de ses possibilités d'influer sur la société. Il doit cependant toujours s'agir d'une *fonction dirigeante et décisionnelle*, et non d'une activité subalterne ou simplement préparatoire. L'activité doit être durable et non simplement ponctuelle.

A noter : Pour les membres du CA délégués par une corporation de droit public, une responsabilité de la corporation délégante est prévue (762 al. 4 CO).

Le dommage p. 661

Conformément aux principes généraux de la RC, la responsabilité suppose toujours la survenance d'un dommage, d'une perte financière. Un dommage sera qualifié de *direct* ou *immédiat* s'il est subi par la société, l'actionnaire ou le créancier eux-mêmes (ex : par le créancier fait un prêt à une société surendettée avec un faux bilan). Alors que la société ne peut être lésée que directement, les actionnaires et les créanciers peuvent également l'être par ricochet (dommage indirect), en ce que le préjudice matériel subi par la société se traduit par une dévaluation de la participation de l'actionnaire, ou lorsque, ce dommage matériel ayant acculé la société à la faillite, le créancier ne peut plus recouvrer sa créance.

Droit d'intenter action d'une manière général p. 662

La SA elle-même, les actionnaires et les créanciers sociaux peuvent intenter une action (754 al. 1 CO). Par contre, les créanciers n'ayant subi que des préjudices indirects ne peuvent agir que lorsque la société est devenue insolvable (757 al. 1 CO). Tant que la société est à même d'acquitter ses dettes, les créanciers n'ont subi aucun dommage.

Faute et lien de causalité p. 663

Ne répond que celui qui a agi de *façon fautive et violation de ses devoirs*, la faute devant être appréciée selon un critère objectif, à savoir la manière dont une personne raisonnable et correcte aurait dû agir dans les mêmes circonstances. Il convient de souligner dans ce contexte que les mauvaises décisions en tant que telles n'engagent pas la responsabilité de leurs auteurs. En outre, étant donné que les risques vont de pair avec la recherche d'opportunités économiques, une marge de manœuvre importante doit être laissée aux membres du CA et à la direction, à condition qu'ils aient agi de manière diligente. La **business judgment rule** a été lancée il y a peu en doctrine suisse comme tentative d'objectiver un comportement dans la mesure du possible. Selon cette théorie, *l'on doit d'abord partir de critères d'ordre formel, en s'interrogeant s'il existe une décision en bonne et due forme (et non simple un comportement passif), s'il n'y a pas eu de conflits d'intérêts dans le chef des personnes prenant la décision, si ces personnes ont agi avec diligence en prenant leur décision, si elles étaient suffisamment informées et si elles ont étudié des solutions de remplacement, si la prise de décision s'est déroulée correctement, mais aussi, enfin, si la décision n'était pas « manifestement déraisonnable »*. Cette manière de procéder semble judicieuse, mais ne doit pas conduire à ce que des critères purement formels priment l'examen sur le fond lors de la prise de décision au sein du CA et de la direction.

De plus, une *causalité adéquate* doit exister entre le dommage et le comportement fautif constitutif d'un manquement à un devoir, là encore en conformité avec les règles générales de la RC.

Lorsque *plusieurs personnes répondent d'un même dommage*, chacune d'elles est *solidairement responsable* dans la mesure où le dommage peut lui être imputé personnellement en raison de sa faute et au vu des circonstances (759 al. 1 CO).

Extinction de la responsabilité p. 664

La *décharge* donnée par l'AG (698 al. 2 ch. 5 CO + 758 CO) emporte l'extinction des droits d'agir de la société et des actionnaires ayant adhéré à la décharge, s'agissant des faits connus de l'AG, tandis que pour les actionnaires n'ayant pas consenti à la décharge, le délai pour agir s'en trouve raccourci. Les droits d'agir des créanciers n'en sont pas affectés (758 CO).

D'autres causes d'extinction existent également, telles qu'une décision de justice, la transaction, la prescription et la péremption ou la compensation.

A noter que la société n'acquiert point de droits d'agir en justice lorsqu'elle a *consenti* à un acte dommageable (*volenti non fit injuria*).

**Points-clé au sujet de la Business Judgment Rule :

Au sujet de l'arrêt 4A_219/2015 du TF :

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence sur l'application «procédurale» des obligations de diligence en vertu de l'art. 717 CO. L'affaire concernait la restructuration d'une entreprise qui impliquait la vente d'une installation de mise en bouteille prétendument vendue à un prix trop bas à l'un des membres du conseil d'administration. Le Tribunal fédéral a procédé à une *appréciation libre de la décision* concernée, puisque le conseil d'administration se trouvait dans un conflit d'intérêts. Rappel : le conflit d'intérêt est contraire aux conditions de la Business Judgment Rule.

Il a ainsi fourni un exemple d'une telle appréciation libre, après avoir confirmé sa jurisprudence selon laquelle *le juge fera preuve de retenue dans l'appréciation des obligations de diligence (art. 717 CO) pour des décisions commerciales si celles-ci ont été prises à l'issue d'un processus décisionnel irréprochable, sur la base d'informations suffisantes et sans conflit d'intérêts. En effet, si ces conditions sont remplies, le juge n'interviendra sur le contenu que si la décision commerciale en question paraît insoutenable (nicht vertretbar).* Dans ce sens, les juges reprennent, en l'approuvant, le terme *Nachvollziehbarkeitsprüfung* utilisé par une partie de la doctrine. En revanche, *si les conditions ne sont pas remplies, le juge procédera à un examen libre et entier de la décision commerciale concernée.*

L'affaire fournit un bel exemple d'un *examen libre d'une décision commerciale*. Les juges ont procédé à une *appréciation détaillée qui reprend point par point les différents éléments liés à la business judgment rule*. Cette façon de faire contraste avec un examen de simple *plausibilité*, pour lequel la jurisprudence de l'année passée fournissait des exemples *instructifs*, notamment l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_626/2013, 4A_4/2014 (RSDA 2015, p. 148) dans lequel les juges avaient accepté une décision difficilement compréhensible après coup

******(texte tiré de STOFFEL/CONSTANTIN, *Le droit des sociétés 2015*, in: RSDA 2016 p. 322 ss

CAS n° 16

Yvonne est administratrice unique de la société Beulac SA (commerce de produits pétroliers). Le capital-actions de fr. 200'000.- est détenu par Brigitte et par quelques autres membres de la famille. Brigitte a conclu avec Yvonne un contrat aux termes duquel Yvonne agit à titre fiduciaire et suit les instructions de Brigitte.

Durant l'exercice passé, Yvonne avait effectué des versements de fr. 80'000.- et de fr. 110'000.- (mention « provisions de retraite ») à Jean-Jacques, frère de Brigitte et ancien Président du CA de Beulac SA sur instruction de Brigitte. L'Assemblée générale a approuvé les comptes et accordé la décharge au Conseil d'administration.

De plus, le directeur de Beulac SA Louis-Marc, a régulièrement effectué des livraisons de mazout à Marie, son ex-femme qui tient un petit pressing, assez gourmand en énergie, à un prix particulièrement favorable (15% environ en dessous du prix du marché).

Le 10 mars dernier, Beulac SA est *tombée en faillite*. L'administration de la faillite réclame à Yvonne la restitution de toutes les prestations accordées à Jean-Jacques et à Marie. Yvonne refuse en prétendant qu'elle n'était qu'administratrice à titre fiduciaire et qu'elle n'était pas au courant des livraisons de mazout à un prix de faveur.

Un créancier important vous consulte et vous pose les questions suivantes :

- L'administration de la faillite pourrait-elle/devrait-elle agir ?
- Le créancier peut-il agir lui-même ?
- Contre qui l'action peut-elle être intentée ?

1. Etat des faits :

- **Beulac SA** : capital de 200'000.- détenu par Brigitte et des familiaux – SA active dans le commerce de produits pétroliers ;
- **Yvonne** agit à *titre fiduciaire* pour Brigitte et suit ses instructions (*administrateur unique à titre fiduciaire* sur instruction de Brigitte, Brigitte ne cède pas ses actions, mais la gestion de la SA) ;
- Yvonne a effectué des versements de 80'000.- et 110'000.- pour des provisions de retraite à **Jean-Jacques**, frère de Brigitte et ancien Président du CA sur instruction de Brigitte ;
- AG a approuvé les comptes et accordé la *décharge* au CA
- Le Directeur de la SA **Louis-Marc** a effectué régulièrement des livraisons de mazout à Marie, son ex-femme à un prix favorable (15% moins cher) ;
- 10 mars : Beulac SA tombe en faillite. L'admin de la faillite réclame à Yvonne la restitution de toutes les prestations accordées à Jean-Jacques et à Marie. Yvonne refuse.
- Un créancier : L'administration de la faillite pourrait-elle/devrait-elle agir ?

2. Yvonne (754 CO) : Elle agit à titre fiduciaire.

On commence par elle, car l'administration de la faillite (Office des poursuites et faillites) lui a écrit à elle directement.

Son comportement par rapport à Jean-Jacques : (provisions de retraite)

Elle était pleinement impliquée : Il faut donc chercher selon **717 CO** pour savoir si les prestations ont été versées à tort ou pas :

Sous l'angle de la **diligence** (devoir de diligence) :

Peut-elle se prévaloir du fait qu'elle a agi à titre fiduciaire ? L'argument « à *titre fiduciaire* » que pourrait avancer Yvonne n'est pas un argument pour se défendre contre les obligations de 717 CO. C'est par contre un argument pour se défendre contre une *décision commerciale*. Ici, il faudrait donc voir si les montants sont raisonnables par rapport à ce que le Président a fait pour la société. Ici, il y a peut-être un cadeau, ce qui n'est pas dans l'intérêt de la société.

Sous l'angle de la **fidélité** (devoir de fidélité) :

Les administrateurs doivent aligner leur comportement sur les intérêts de la société. 2 éléments de l'infidélité : 1. L'*ancien Président* (il ne devrait pas obtenir de cadeau). 2. C'est *le frère* de Brigitte qui donne les instructions. En appliquant les décisions, elle a une influence importante : Brigitte devient un organe de fait. Il y a ainsi un conflit d'intérêts qui se répercute sur Yvonne aussi. Attention : Le Business Judgment Rule (cf. tutorat 15) concerne les décisions commerciales et ici, ce n'est pas une décision commerciale.

Son comportement par rapport à Louis-Marc, Directeur (indirectement Marie) :

Livraisons régulières avec un prix avantageux de 15% (il faut comparer ces livraisons à des tiers : je traite avec le proche comme je traite avec un client normal).

Selon l'art. **717 CO** : Nous avons de nouveau un problème de fidélité (« dans l'intérêt de la société »). Yvonne fait valoir la délégation de gestion au sens de **716b CO**. Elle ne devrait donc répondre que comme membre du CA. Son but est uniquement de surveiller. Il faut cependant que la délégation soit valable. De plus, il faut les trois curies de **754 al. 2 CO** : le *choix* ne cause pas de problème – l'*instruction* ne cause pas de problème selon la donnée – la *surveillance* : Ici, Yvonne aurait dû voir selon la comptabilité qu'il y a avait un problème. On est dans le secteur du pétrole, donc le CA devrait se rendre compte. Les marges du secteur ne sont pas énormes. En outre, la notion de régularité dans les livraisons aurait dû se remarquer. Yvonne devrait donc répondre de l'acte de non-surveillance à partir du moment où elle aurait dû savoir. Elle répondra sur le dommage : Selon Stoffel, par exemple, le dommage pourrait être de 15% sur les 6 derniers mois (ATTENTION : pas de lien avec les 6 mois de 758 al. 2 CO).

Au sujet de Louis-Marc : Il répond de tout, aussi des premiers 6 mois. Les 3 curies du CA ne libèrent pas Louis-Marc. Il a violé l'obligation de fidélité au sens de 717 CO.

Au sujet de Brigitte : C'est un *organe de fait* au sens de 754 CO. Elle va répondre pour ses propres instructions. Si on est organe de fait, on est dans le même bateau que l'organe formel en l'occurrence Yvonne avec, en conséquence, l'application de la méthode des trois curies.

Contre qui agir ?

On peut agir contre les trois : Yvonne – Louis-Marc – Brigitte

Qui peut-agir ?

On est en *situation de faillite* donc l'administration de la faillite peut agir au sens de l'art. 757 al. 1 2^{ème} phrase CO. L'administration doit-elle agir ? NON ! L'al. 2 ne dit pas si l'administration doit agir (rien sur l'obligation, mais seulement sur la possibilité) ou pas. A noter que les obligations de l'admin sont régies par la LP.

Les créanciers : Le créancier en question pourra agir, pour autant que l'admin n'agit pas (757 al. 2 CO). La donnée ne nous dit rien au sujet du fait que l'administration va saisir la justice ou pas. La LP nous dit cependant combien de temps l'administration a pour agir. Il n'y a pas de délai. Donc pour bien, il faudrait demander par écrit à l'administration afin de savoir s'ils vont réagir. Stoffel pense que si l'admin n'agit pas après 1-1.5 an, on peut y aller.

Les actionnaires : art. **757 al. 2 in fine CO** : ils passent après les créanciers.

3. La Décharge (758 CO)

Elle est *opposable à la société et aux actionnaires* qui ont adhéré. Elle s'oppose également à ceux qui n'ont pas adhéré, mais *après 6 mois* (758 al. 2 *in fine* CO). A noter que la société existe toujours sous forme de masse après la faillite.

Est-elle opposable contre l'administration de la faillite ? La société n'a plus de but initial. L'intérêt (le but) devient donc une faillite propre. La décharge ne s'oppose donc pas à l'administration de la faillite. Ainsi, *la décharge n'est pas opposable aux créanciers*. Les créanciers n'ont pas le droit de vote et ne sont pour rien dans tout cela.

La décharge ne fonctionne plus après la faillite. Ce sont les créanciers qui prennent l'affaire en main ou l'administration qui agit pour le compte des créanciers (prioritaire).

En réalité, la décharge joue un rôle moins important que ce que l'on peut croire.

4. Les conséquences de ces actions

- Si *l'administration de la faillite agit*, l'argent va dans la masse. On paiera d'abord les frais, puis les créanciers selon la LP (219 LP) qui fonctionne avec un système de rang.
- Si *le créancier agit lui-même*, il va certainement toucher le 100% de sa créance. Notre créancier aura donc une forte incitation à agir. Il sera donc prioritairement indemnisé (après les frais), mais avant la masse et les autres créanciers.

Ainsi, à partir du moment où il y a plusieurs créanciers qui agissent, on les met dans le même panier. Si un créancier agit avant les autres, c'est possible qu'il ramasse plus que les autres.

Rappel théorique :

A noter : *Devoir de diligence et de fidélité* se trouvent dans les notes de bas de page de l'art. 717 CO du code annoté. De plus, un certain nombre d'infos se trouvent dans le rappel théorique du tutorat n° 15 ou dans les extraits d'ATF ci-dessous.

Droit d'intenter action en cas de faillite (p. 662 s.)

Dans la faillite de la SA, seule l'administration de la faillite a le droit d'agir en 1^{er} lieu en réparation du préjudice subi par la société elle-même (qui est indirect pour les actionnaires et pour les créanciers) (757 al. 1 CO) Si elle s'abstient d'agir, chaque actionnaire ou créancier pris individuellement peut intenter l'action (ce sont généralement les créanciers qui le font, car ils sont les premiers à profiter de l'excédent), et le produit doit bénéficier en premier lieu aux demandeurs.

S'agissant également du dommage direct subi par les actionnaires et les créanciers, le TF a limité, dans une jurisprudence constante le droit des actionnaires et des créanciers d'agir en justice, dans le but d' « éviter une course en l'administration de la faillite et les créanciers ou actionnaires demandeurs », lorsque la société faillie a elle-même subi des préjudices directs par la même occasion. D'après cette jurisprudence, les actionnaires ou les créanciers ne peuvent agir en réparation des dommages directs qu'exceptionnellement, lorsque le comportement d'un organe social viole des dispositions du droit de la SA ayant exclusivement pour objet de protéger les créanciers ou les actionnaires, ou lorsque le devoir de réparation se fonde sur un autre acte illicite de l'organe au sens de l'art. 41 CO, ou sur des faits constitutifs de *culpa in contrahendo*.

La décharge (cf. tutorat n° 15)**Devoir de fidélité du CA : (p. 614)**

Le conseil d'administration et ses membres sont tenus de veiller aux intérêts de la société, et le mandat du CA est défini dans une perspective à long terme. Pour cette raison, le CA est l'organe auquel il incombe de veiller durablement aux intérêts sociaux de la société.

Extraits importants de l'ATF 136 III 148

2.3 Selon l'art. **754 al. 1 CO**, les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du *dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs*.

Selon l'art. **755 al. 1 CO**, toutes les personnes qui s'occupent de la vérification des comptes annuels et des comptes de groupe, de la fondation ainsi que de l'augmentation ou de la réduction du capital-actions répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du *dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs*.

Lorsque - comme c'est le cas en l'espèce - il est soutenu qu'un administrateur ou un réviseur, en manquant intentionnellement ou par négligence à ses devoirs, a causé un dommage à la société, la créance en réparation appartient à la société (ATF 132 III 564 consid. 3.2.2 p. 570).

Lorsque la société tombe en faillite - comme c'est le cas en l'espèce -, la créance que la société pouvait faire valoir contre l'organe responsable est remplacée par une créance de la communauté des créanciers (ATF 132 III 564 consid. 3.2.2 p. 570; ATF 117 II 432 consid. 1b/dd p. 439 s.). Il appartient en priorité à l'administration de la faillite de faire valoir cette créance (art. **757 al. 1 CO**), mais si elle y renonce (art. **757 al. 2 CO**), un créancier social peut réclamer à sa place la réparation du dommage subi directement par la société; il exerce alors l'action de la communauté des créanciers (ATF 132 III 564 consid. 3.2.2 p. 570 et les arrêts cités). En matière de poursuite et faillite, ce mécanisme est réglé par l'art. **260 LP** et le créancier social qui a obtenu la cession des droits de la masse agit sur la base d'un mandat procédural; il est ainsi légitimé à actionner l'organe responsable pour réclamer la réparation du dommage subi par la société (ATF 132 III 564 consid. 3.2.2 p. 570).

La responsabilité de l'administrateur ou du réviseur envers la société est subordonnée à la réunion des quatre conditions générales suivantes: la *violation d'un devoir*, une *faute* (intentionnelle ou par négligence), un *dommage* et l'*existence d'un rapport de causalité* (naturelle et adéquate) entre la violation du devoir et la survenance du dommage; il *appartient au demandeur* à l'action en responsabilité de prouver la réalisation de ces quatre conditions, qui sont cumulatives (ATF 132 III 564 consid. 4.2 p. 572 et les arrêts cités).

2.4 En l'espèce, la cour cantonale a retenu que l'administrateur avait manqué fautivement à ses devoirs et qu'il avait ainsi causé, de manière naturelle et adéquate, un dommage à la société, en tardant à déposer le bilan.

Extraits importants de l'ATF 132 III 564

3.2.2 En cas de **dommage par ricochet du créancier**, la qualité de lésé appartient à la société qui se trouve directement appauvrie par le comportement de l'organe. En vertu des principes généraux de la responsabilité, *c'est la société qui est en première ligne légitimée à réclamer des dommages-intérêts à l'organe responsable*. Le créancier social ne dispose lui-même d'aucune action individuelle pour obtenir réparation du dommage qu'il a subi par ricochet (ATF 131 III 306 consid. 3.1.1). Lorsque la **société tombe en faillite**, *la créance que celle-ci pouvait faire valoir contre l'organe responsable est remplacée par une créance de la communauté des créanciers* (cf. ATF 117 II 432 consid. 1b/dd p. 439 s.), qu'il appartient en *priorité à l'administration de la faillite de faire valoir* (cf. art. 757 al. 1 CO). Toutefois, **si l'administration de la faillite renonce** à exercer l'action sociale (art. 757 al. 2 CO), *un créancier social peut réclamer la réparation du dommage subi directement par la société* (ATF 131 III 306 consid. 3.1.1 p. 311). Il exerce alors l'action de la communauté des créanciers, mais le produit éventuel de l'action servira d'abord à couvrir ses propres prétentions telles que colloquées (ATF 132 III 342 consid. 2.1; 117 II 432 consid. 1b/ff p.440). En matière de poursuite et faillite, ce mécanisme est réglé à l'art. **260 LP** (sur les liens entre cette disposition et l'art. 757 CO, cf. arrêt du Tribunal fédéral 4C.263/2004 du 23 mai 2005, consid. 1.2 non publié à l'ATF 132 III 222). Le créancier social qui a obtenu la cession des droits de la masse en application de l'art. 260 LP agit alors sur la base d'un mandat procédural (ATF 132 III 342 consid. 2.2; 121 III 488 consid. 2b p. 492). Il est ainsi légitimé à actionner l'organe responsable pour réclamer la réparation du dommage subi par la société.

3.2.3 Enfin, dans les **cas où tant la société que le créancier social se trouvent directement lésés**, il faut appliquer les règles posées par la pratique, afin d'éviter que l'action individuelle du créancier entre en concurrence avec les prétentions de la société. *C'est uniquement dans cette hypothèse et pour parer au risque d'une compétition entre les actions en responsabilité exercées respectivement par la société ou l'administration de la faillite et par les créanciers directement touchés que la jurisprudence a limité le droit d'agir de ces derniers* (ATF 131 III 306 consid. 3.1.2, confirmé in arrêt 4C.48/2005 précité, consid. 2.1), afin de donner une priorité à l'action sociale (CORBOZ, op. cit., p. 392). Ainsi, **lorsque la société est aussi lésée**, *un créancier social peut agir à titre individuel contre un organe en réparation du dommage direct qu'il a subi seulement s'il peut fonder son action sur un acte illicite* (art. 41 CO), *une culpa in contrahendo ou sur une norme du droit des sociétés conçue exclusivement pour protéger les créanciers* (ATF 122 III 176 consid. 7 p. 189 s., confirmé in ATF 131 III 306 consid. 3.1.2 et les arrêts cités). L'importance pratique de cette règle restrictive a souvent été exagérée par la doctrine (cf. encore récemment ANDREW M. GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, thèse Lausanne 2005, p. 60 ss). En effet, comme déjà indiqué, ces principes ne valent que dans les cas où l'on discerne un dommage direct à la fois pour la société et pour le créancier. Ils ne sont pas applicables lorsque seul le créancier social est lésé (cf. supra consid. 3.2.1). Quant au cas le plus fréquent dans lequel le créancier subit un dommage par ricochet découlant de l'insolvabilité de la société, ces limitations ne s'appliquent pas davantage. Elles n'ont du reste aucun intérêt dans ce cas, puisque le créancier social lésé par ricochet ne dispose précisément d'aucune action individuelle contre l'organe responsable, ce qui exclut tout risque de concurrence avec l'action de la société.

4.2 En vertu de l'art. **754 al. 1 CO**, les *membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation* répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du *dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs*. La **responsabilité des administrateurs** envers la société fondée sur cette disposition est subordonnée à la réunion des *quatre conditions*

générales suivantes, à savoir la *violation d'un devoir, une faute* (intentionnelle ou par négligence), *un dommage* et *l'existence d'un rapport de causalité* (naturelle et adéquate) *entre la violation du devoir et la survenance du dommage* (ATF 132 III 342 consid. 4.1). *Il appartient au demandeur à l'action en responsabilité de prouver* la réalisation de ces conditions (art. 8 CC), qui sont cumulatives (arrêt du Tribunal fédéral 4C.281/2004 du 9 novembre 2004, publié in SJ 2005 I p. 221, consid. 2.3).

5.1 L'administrateur est tenu d'accomplir sa mission avec **diligence** (art. 717 al. 1 CO). Il lui appartient notamment de *contrôler de manière régulière la situation économique et financière de la société* (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3e éd., Zurich 2004, § 13 n. 767; WÜSTINER, Commentaire bâlois, n. 32 ad art. 725 CO). L'art. 669 al. 1 CO impose de constituer des provisions pour risques et charges, afin de couvrir les engagements incertains et les risques de pertes sur les affaires en cours. Le montant de la provision à indiquer au bilan doit être évalué selon le principe de la prudence (NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, Commentaire bâlois, n. 22 ad art. 669 CO) et va dépendre de la probabilité que la prétention émise à l'encontre de la société se concrétise (BÖCKLI, op. cit., § 8 n. 494). S'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte, le conseil d'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement (art. 725 al. 1 CO). S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification de l'organe de révision (art. 725 al. 2 1re phrase CO). Lorsque les dettes sociales ne sont plus couvertes, les administrateurs doivent en principe aviser le juge (cf. art. 725 al. 2 CO; ATF 128 III 180 consid. 2e p. 185). Exceptionnellement, il peut être renoncé à un avis immédiat au juge, si des mesures tendant à un assainissement concret et dont les perspectives de succès apparaissent comme sérieuses sont prises aussitôt (ATF 116 II 533 consid. 5a p. 541, confirmé in arrêt du Tribunal fédéral 4C.366/2000 du 19 juin 2001, consid. 4b et les références citées). En pratique, pour déterminer s'il existe des "raisons sérieuses" d'admettre un surendettement, le conseil d'administration ne doit pas seulement se fonder sur le bilan, mais aussi tenir compte d'autres signaux d'alarmes liés à l'évolution de l'activité de la société (cf. BÖCKLI, op. cit., § 13 n. 768), tels l'existence de pertes continues (GARBARSKI, op. cit., p. 167) ou l'état des fonds propres (WÜSTINER, op. cit., n. 33 ad art. 725 CO). L'administrateur qui tarde de manière fautive à aviser le juge au sens de l'art. 725 al. 2 CO répond du dommage qui en découle (GLANZMANN/ROBERTO, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates in Sanierungssituationen, in Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, Zurich 2004, p. 77 ss, 80).

6.2 Les défendeurs reprochent ensuite à la cour cantonale d'avoir procédé à une fausse application de la **théorie de la différence**, en retenant que le dommage subi par la société s'élevait à 545'488 fr. Le **dommage juridiquement reconnu** réside dans la *diminution involontaire de la fortune nette*; il correspond à la *différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit* (ATF 132 III 186 consid. 8.1, 321 consid. 2.2.1 p. 324 et les arrêts cités). Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral n'intervient que si l'autorité cantonale a méconnu la notion juridique du dommage. En revanche, savoir s'il y a eu un dommage et quelle en est la quotité est une question de fait qui lie le Tribunal fédéral en instance de réforme (ATF 130 III 145 consid. 6.2).

7. Dans une dernière critique, les défendeurs se prévalent de l'art. 759 CO, reprochant à la cour cantonale d'avoir totalement ignoré cette disposition.

L'art. 759 al. 1 CO institue une **solidarité différenciée** (ATF 122 III 324 consid. 7b p. 325), dès lors qu'il prévoit que, *si plusieurs personnes répondent d'un même dommage, chacune d'elles est solidairement responsable dans la mesure où le dommage peut lui être imputé personnellement en raison de sa faute et au vu des circonstances*. Dans les **rapports externes**, c'est-à-dire dans les

*rapports entre les organes responsables et le lésé, le montant du dommage auquel un administrateur peut être condamné solidairement ne peut dépasser le dommage qu'il a causé ou contribué à causer et qui lui est imputable personnellement en raison de sa faute et au vu des circonstances (ATF 122 III 324 consid. 7b p. 325; cf. aussi ATF 127 III 453 consid. 5d p. 456 s.). Chaque coresponsable peut donc faire valoir ses **motifs personnels d'atténuation de la responsabilité**, tels que la faute légère, la gêne, l'action de complaisance, la différence des situations économiques ou la faible rémunération (CORBOZ, La responsabilité des organes en droit des sociétés, Bâle 2005, n. 14 ad art. 759 CO; WIDMER/BANZ, op. cit., n. 4 ss ad art. 759 CO).*

CAS n° 17

Après le décès de sa tante, Jérôme, seul héritier, découvre qu'il est devenu actionnaire d'une société appelée Cachette SA avec siège à Bulle. Celle-ci dispose d'un capital-actions de 200'000 francs, réparti en 200 actions nominatives liées d'une valeur nominale de 1'000 francs chacune. La tante possédait 50 actions.

Malgré ses recherches, Jérôme ne trouve pas les actions. En revanche, il trouve un échange de correspondances s'étalant sur plusieurs années et qui s'arrête brusquement avec le décès de la tante. Selon cette correspondance, la tante se plaignait à plusieurs reprises du fait que la société ne versait pas de dividende alors qu'elle disposait d'une réserve générale de 60'000 francs et qu'il y avait probablement « bien plus ». Le Conseil d'administration contestait cette vision des choses et soulignait que la société devait continuer à privilégier les réserves.

Jérôme vient d'apprendre par hasard que Cachette SA tiendra son assemblée générale annuelle dans deux mois. Il n'a pas reçu de convocation, malgré son insistance auprès de la société, puisqu'il ne serait pas inscrit comme actionnaire.

Jérôme vient vous voir et vous pose les questions suivantes :

- Peut-il exiger de pouvoir participer à l'assemblée générale et de recevoir l'ordre du jour ?
- Qu'en est-il du fait qu'aucun dividende n'a été versé ses dernières années ?
- Quels sont les moyens qu'il aurait à sa disposition dans ce contexte ?

1. Etat des faits :

- Suite au décès de sa tante, Jérôme est héritier de 50 actions de Cachette SA (200'000.- de capital-actions – 200 actions à 1'000.- - actions nominatives liées) ;
- Jérôme ne trouve pas les actions. Il a cependant retrouvé une correspondance abondante de sa tante avec le Conseil d'administration de Cachette SA ;
- Dans la correspondance, la tante reproche à la société de ne pas avoir reçue des dividendes, malgré une réserve de 60'000.- et même probablement plus. Le CA conteste cette vision et dit que la société doit continuer à privilégier les réserves ;
- Jérôme n'est pas inscrit au registre des actionnaires, et l'AG de la société se déroulera dans 2 mois. Il n'a pas reçu de convocation, malgré son insistance.

2. Jérôme peut-il exiger une invitation pour l'AG prévu dans 2 mois ?

Jérôme, a-t-il la qualité d'actionnaires ?

685c al. 2 CO : A la mort d'un actionnaire, ses héritiers deviennent actionnaire *immédiatement pour les droits patrimoniaux* (dividende notamment). Pour les *droits sociaux* (droit de vote à l'AG notamment), il faut attendre l'approbation par la société. Pour cette disposition de 685c al. 2 CO, on parle de la *théorie de la scission* (scission entre les droits patrimoniaux et sociaux qui composent une action).

685c al. 1 CO : Cette disposition abolit la théorie de la scission : dès qu'il y a un transfert contractuel d'actions, on transmet la propriété de ces actions, mais rien ne se passe (ni pour les droits sociaux, ni pour les droits patrimoniaux) tant qu'on n'a pas obtenu l'approbation. Sans approbation par la société, l'ancien actionnaire (vendeur) reste titulaire des droits découlant des actions (*al. 1 in fine*).

Dans notre cas, au vu du décès de la tante de Jérôme, il faut se baser sur l'al. 2 (cas de succession).

C'est donc à juste titre que l'on n'a pas convié Jérôme à l'assemblée générale prévue dans deux mois.

Que peut faire Jérôme ?

685b al. 4 CO : la société pourra refuser Jérôme contre paiement au prix de la valeur réelle des actions. / La procédure pour l'inscription de l'actionnaire peut prendre 3 mois selon **685c al. 3 CO** (délai fiction). L'assemblée générale a lieu dans 2 mois, donc Jérôme devra peut-être patienter si la société attend les 3 mois pour donner son approbation.

De par la loi, Jérôme devient actionnaire, mais il doit quand même faire la requête (déclencher la procédure). S'il fait la requête, le délai de 3 mois (685c al. 3 CO) sera déclenché. S'il ne fait rien, le problème va subsister. Dans son côté, tant que Jérôme ne fait pas la requête, la société n'a rien besoin de faire ! ATTENTION : **659 al. 2 CO** : Comme nous sommes dans un cas d'acquisition propre par la société de ses actions avec une restriction de la transmissibilité, la limite de 20% doit être respectée. Dans la pratique selon

STOFFEL, la société pourrait cependant acquérir pour un autre actionnaire (arrangement interne) pour remédier à ce problème.

3. Jérôme a-t-il le droit actuellement aux dividendes, voire éventuellement à ceux distribués par le passé ? (on part du principe que Jérôme est devenu actionnaire)

Peut-on revenir sur des dividendes votés par le passé, mais non versés ?

Les dividendes sont votés par l'AG (**698 al. 2 ch. 4 CO**), il s'agit d'une décision.

Il existe l'action en annulation (**706 CO**) pour annuler les décisions prises par l'assemblée générale – Problème : **706a CO** : délai : action dans les 2 mois qui suivent l'AG. On ne pourra plus rien faire (action prescrite).

Pour la situation présente :

L'Assemblée générale vote les dividendes sur proposition du Conseil d'administration (698 al. 2 ch. 4 CO). S'il n'y a pas de proposition de verser des dividendes, le Conseil d'administration ne peut pas être contraint de faire une proposition de verser des dividendes. En pratique, si la majorité des actionnaires veulent un dividende, le CA suivra, car sinon il ne sera pas réélu. Si le CA trouve dangereux de verser des dividendes, il peut démissionner pour éviter tout problème de responsabilité future.

Il ne faut pas non plus oublier l'*abus de droit*, qui pourrait se présenter si le but du non versement de dividendes est d'assécher les actionnaires minoritaires, afin qu'ils partent (une forme d'égalité de traitement selon **717 al. 2 CO**). Selon STOFFEL, formellement, les actionnaires sont traités de la même façon (étant donné qu'il n'y a de dividendes pour personne), mais matériellement, cela pourrait consister à un abus de droit. Pour savoir s'il y a un abus de droit car le CA dit qu'il faut faire des réserves : l'actionnaire pourra *demandeur des renseignements* (**art. 697 CO**), si ces renseignements sont *nécessaires à l'exercice des droits de l'actionnaire*. Le CA peut refuser de renseigner lors ce que les renseignements demandés compromettent le secret des affaires ou d'autres intérêts sociaux dignes de protection (697 al. 2 in fine CO).

Jérôme pourra également proposer à l'AG un *contrôle spécial* (**697a ss CO**). Le contrôle spécial aboutit à une information, mais toujours pas à une décision de dividende.

Si Jérôme n'arrive toujours à rien :

736 ch. 4 CO : *dissolution sur requête pour juste motif*. Jérôme, dès qu'il est accepté, pourra lancer une procédure de dissolution de la société au sens de cette disposition.

Au niveau des justes motifs, il faut faire attention : la notion doit être interprétée de manière restrictive. Ce sont des justes motifs de l'actionnaire que l'on doit comparer aux intérêts d'autres personnes (comme les créanciers notamment..).

La SA est fondée sur le principe de la majorité ! La majorité fait la loi ! Donc si on doit protéger quelqu'un, c'est toujours les minoritaires, par exemple avec 736 ch. 4 notamment. Les majoritaires ont pas besoin.

Si on est minoritaire et que les majoritaires nous « oppriment », il n'est pas facile de trouver un acheteur souhaitant reprendre nos actions, surtout si aucun dividende n'est versé. De ce fait, le minoritaire est enfermé dans la société. Le minoritaire pourra seulement demander

au juge selon 736 ch. 4 CO la dissolution de la société. Comme la dissolution au sens de 736 ch. 4 CO est *ultima ratio*, il faut regarder l'art. 736 ch. 4 2^{ème} phrase CO : le juge essaiera de trouver une solution. Selon STOFFEL, il pourrait, par exemple, obliger la société à racheter les actions de Jérôme, mais le problème vient de 659 al. 2 CO. Jérôme dispose de 25% du capital ce qui est supérieur à la limite des 20%. Le juge ne pourra par contre pas obliger les autres actionnaires à acheter les actions de Jérôme. Il est possible que cela ne soit pas réaliste de trouver une solution pour le juge. En conséquence, le juge devra dissoudre *ultima ratio* la société.

A noter que l'on pourrait éventuellement voir si une diminution du CA peut être une solution, mais c'est compliqué.

Mais dans tous les cas, c'est difficile si la société refuse obstinément.

Rappel théorique :

Pour ce qui est de la restriction de la transmissibilité des actions, les explications nécessaires se trouvent dans le *rappel théorique du tutorat n° 8*.

Action en dissolution de la société pour justes motifs (736 ch. 4 CO) : p. 557 ss

Comme solution de dernier ressort, une minorité d'actionnaires est en droit de demander la *dissolution de la société pour de justes motifs* (c.-à-d. lorsque la continuation de la société serait inacceptable 736 ch. 4 CO). Etant donné que la liquidation d'une SA et de son entreprise se répercute aussi, souvent, sur des tiers, notamment les travailleurs, le droit de la SA cherche à éviter la dissolution et la liquidation même lorsqu'un juste motif de dissolution existe en soi. Ainsi, l'art. 736 ch. 4 CO autorise le juge à adopter, au lieu de la dissolution, « une autre solution adaptée aux circonstances et acceptable pour les intéressés ». De cette manière, *le juge se voit reconnaître une marge de manœuvre par ailleurs inhabituelle en droit suisse : non seulement il peut faire droit à la demande ou rejeter celle-ci, mais il peut même rendre une décision formatrice*.

Peuvent notamment justifier une dissolution des circonstances telles que la mauvaise gestion durant une période prolongée, pouvant entraîner la ruine de la société, la *violation durable des droits des actionnaires minoritaires*, ou un blocage des organes

Etant donné la structure capitaliste de la SA, ne sont considérées comme des *justes motifs* que les causes objectives, mais non les facteurs qui ne tiennent qu'à la personne d'un associé. Par conséquent, un désaccord entre les actionnaires ou le comportement déloyal de l'un d'eux ne donnent pas en principe lieu à dissolution. Une exception n'existe que si les circonstances en cause ont également des incidences objectives considérables, comme c'est le cas dans une société à deux actionnaires qui se trouve paralysée à la suite d'un conflit. Pour des exemples d'actions en dissolution pour des justes motifs qui ont été couronnées de succès :

- méconnaissance grave des droits de contrôle et des intérêts financiers de l'actionnaire minoritaire ; le TF a constaté que, notamment dans les petites sociétés de famille, les mésintelligences graves entre actionnaires peuvent également donner lieu à des situations objectivement insupportables (ATF 105 II 114) ;
- une mauvaise gestion prolongée qui entraînera la ruine de la société (ATF 126 III 266) ;

Il convient de rappeler que le juge n'a pas à dissoudre la société nonobstant l'existence d'un juste motif, lorsqu'il existe *une autre solution permettant d'éviter la liquidation*, qui est acceptable pour les intéressés (736 ch. 4 2^{ème} phrase CO).

CAS n° 18

Gisèle et Alexandra exploitent un commerce de chaussettes. Elles importent pour ce faire des chaussettes qu'elles vendent ensuite par correspondance et par « abonnement » hebdomadaire, mensuel ou bimensuel à leurs clients, le plus souvent des jeunes professionnels qui n'ont pas le temps de faire leurs achats eux-mêmes.

Les deux associées n'ont pas fait d'apports financiers mais Gisèle avait sollicité et obtenu un crédit de fr. 10'000.- pour ce commerce auprès de sa banque.

A l'heure actuelle, Gisèle et Alexandra disposent d'un certain nombre de chaussettes non vendues d'une valeur de fr. 2'500.-. Elles disposent en outre d'installations électroniques, notamment de deux ordinateurs et d'une imprimante qu'elles évaluent à fr. 3'500.-. Elles enregistrent actuellement une perte de 2'000.-, mais s'attendent encore à des paiements de clients jusqu'à concurrence de fr. 2'000.-.

Un magazine de consommateurs a relevé récemment que les chaussettes de « Gisèle & Alexandra » causent des irritations de la peau, si bien qu'un stock de 15'000 paires de chaussettes est resté invendu.

Les deux associées commencent à s'interroger sur l'avenir de leur société ainsi que sur leur avenir personnel. Sachez que Gisèle n'a ni fortune, ni dettes, alors qu'Alexandra possède une fortune de fr. 10'000.- et une dette envers son oncle de fr. 20'000.-.

Alexandra commence à se faire du souci. Analysez la situation.

1. Etat des faits :

- Gisèle et Alexandra exploitent un commerce de chaussettes ;
- Elles n'ont pas fait d'apports financiers, mais Gisèle avait sollicité un crédit de 10'000.- pour ce commerce auprès de sa banque ;
- Elles disposent d'un certain nombre de chaussettes non vendues (2'500.-) / d'installations électroniques : deux ordinateurs + une imprimante (3'500.-). De plus, elles enregistrent une perte de 2'000.- (représentent les 15'000 paires invendues), mais attendent encore 2'000.- de la part de clients ;
- Mauvaise pub dans un magazine, avec 15'000 paires invendues pour conséquence ;
- Situation financière de Gisèle : pas de fortune, ni de dette. / Situation financière d'Alexandra : fortune de 10'000.- et dette de 20'000.- envers son oncle.

2. Analyse de la situation pour Alexandra :

La donnée n'indique pas le type de société de ce commerce de chaussettes.

Liste des sociétés envisageables :

- Société en nom collectif (552 ss CO) (inscription au RdC 554 CO)
- Société en commandite (594 ss CO) (inscription au RdC 596 CO)
- Société simple (530 ss CO) (pas d'inscription nécessaire). Elle est subsidiaire par rapport aux autres (530 al. 2 CO).
- Srl (772 ss CO) (inscription au RdC 778 CO)

Bilan :**Situation actuelle du commerce de chaussettes**

Actifs		Passifs	
*Stock d'inventures	2'500.-	Dette envers la banque	10'000.-
Equipement électronique	3'500.-		
Débiteurs	2'000.-		
**Liquidités de Gisèle	0.-		
(Perte	2'000.-)		
Total	8'000.-	Total	10'000.-

*Si on met une valeur trop haute comme le prix de vente, on aura des problèmes avec le *principe de prudence*, notamment 960 al. 2 (pour la théorie comptable, cf. tutorat n° 4). Il faut donc mettre au maximum le prix d'acquisition si les chaussettes sont achetées ou le prix de revient si elles sont fabriquées par soi-même, art. 960a al. 1 CO

** Application du principe de prudence également (960 al. 2 CO). On ne sait pas ce qu'il reste sur les 10'000.- emprunté à la banque. En principe, on ne laisse pas de compte à 0.- dans un bilan, mais pour l'exercice oui.

Quelle est la situation par rapport au crédit bancaire de 10'000.- de Gisèle ?

Si c'est une société simple (530 ss CO) :

Dans le cas d'une poursuite contre Alexandra au sens de l'art. **544 al. 3 CO**, le *principe de solidarité* s'applique : « *les associés sont solidairement responsables des engagements qu'ils ont assumés envers les tiers, en agissant conjointement ou par l'entremise d'un représentant* ». Alexandra pourra être poursuivie pour les 10'000.-. sur lesquels Gisèle s'est engagé auprès de la banque (**544 al. 2 CO**). A noter que les conditions de la représentation sont remplies (**543 al. 2 et 32 ss CO**). Si Alexandra est attaquée, on pourra puiser dans les actifs de la société au sens de **544 al. 1 CO**. Mais elle est solidaire sur l'ensemble de son patrimoine, donc il faut encore y ajouter 10'000.- (dette de la banque contractée par Gisèle) et 20'000.- de dette envers l'oncle. Selon ce système, le bilan sera le suivant :

* indiquée dans la donnée

Fonctionnement selon une société simple

Actifs		Passifs	
Stock d'inventures	2'500.-	Dette envers la banque	10'000.-
Equipement électronique	3'500.-	***Dette envers oncle	20'000.-
Débiteurs	2'000.-		
Liquidités de Gisèle	0.-		
*Fortune Alexandra	10'000.-		
** (Perte	2'000.-)		
Total	18'000.-	Total	30'000.-

** La perte ne compte évidemment pas dans le total des actifs. Même si on la met à l'actif du bilan, ce n'est pas un vrai actif.

*** indiquée dans la donnée

Il y a donc pour 18'000.- d'actifs chez Alexandra, mais d'un autre côté une dette de 30'000.-. Ainsi, il faut faire une *répartition proportionnelle des 18'000.- d'actifs* par rapport à ce que l'oncle et la banque ont chacun sur la dette : 12'000.- pour l'oncle (2/3 de 30'000.-) et de 6'000.- (1/3 de 30'000) pour la banque. Ainsi, dans la société simple, on ne dissocie pas les dettes sociales et les dettes personnelles.

Si Société en nom collectif :

568 CO : Al.1 solidarité. Al. 2 : un éventuel règlement interne ne vaut rien sur les tiers, il n'a pas d'effet sur eux. Al. 3 1^{ère} phrase : Alexandra ne peut être recherchée personnellement pour la créance de 10'000.- auprès de la banque que si la société a été dissoute ou a été l'objet de *poursuites restées infructueuses* (donc que si on a d'abord été recherché l'argent auprès de la société = *principe de subsidiarité*). C'est une distinction entre la dette sociale (de la société) et la dette personnelle. On liquide d'abord la société. Il faut procéder en deux étapes :

Etape 1 : selon 568 CO : actifs et dettes sociaux**Etape 1 : Fonctionnement selon une société en nom collectif**

Actifs		Passifs	
Stock d'inventures	2'500.-	Dette envers la banque	10'000.-
Equipement électronique	3'500.-		
Débiteurs	2'000.-		
Liquidités de Gisèle	0.-		
*(-- Perte	2'000.-)		
Total	8'000.-	Total	10'000.-

*Rappel : la perte n'est pas comptabilisée dans les actifs.

La banque (créancier social unique) va toucher 8'000.-, ce qui laissera un découvert de 2'000.- étant donné qu'elle a prêté 10'000.-. Pour tenter de récupérer ces 2'000.- : Etape 2 ci-dessous.

Etape 2 : en cas de *poursuites restées infructueuses* (568 al. 3 CO)**Etape 2 : Fonctionnement d'une société en nom collectif - 568 al. 3 CO**

Actifs		Passifs	
Fortune d'Alexandra	10'000.-	*Découvert envers la banque	2'000.-
		Dette envers l'oncle	20'000.-
Total	10'000.-	Total	22'000.-

* Il s'agit des 2'000.- (découvert) que l'on doit encore à la banque (cf. étape 1 ci-dessus).

Comme il y a deux créanciers (oncle + banque) : Il faut *une répartition proportionnelle des 10'000.- d'actifs* qu'ils restent à Alexandra : L'oncle va récupérer 9'091.- ($100'000/22'000 \times 20'000$) et la banque va prendre 909.- ($100/22'000 \times 2'000$). La banque récupérera au total 909 + 8'000.- (calculée dans l'étape 1) = 8'909.-.

Le **système de subsidiarité de 568 CO** explique pourquoi on dit que la Société en nom collectif a la *quasi-personnalité juridique*. Ce principe se trouve aussi à l'art. **570 al. 1 CO**. Il y a une séparation claire du patrimoine commercial (appelé *patrimoine séparé*) qui sert à protéger les créanciers sociaux (de la société) (cf. étape 1) par rapport aux créanciers personnels de chaque associé (étape 2).

Conclusion :

Dans notre cas, ce sont les règles de la SNC qui s'appliquent car la situation correspond à la définition de la société en nom collectif au sens de **552 CO**. Le commerce de chaussettes poursuit un but commercial et remplit toutes les conditions de la SNC et de la société simple. La SNC reste celle par défaut dans cette situation (530 al. 2 CO). La SNC est « la société simple commercial ».

Remarques complémentaires :

A noter que l'inscription d'une SA (643 CO) ou d'une Sàrl (779 al. 1 CO) au RdC a un effet constitutif, alors que la SNC selon 554 CO doit être inscrite, mais elle peut exister sans être inscrite. Si on ne le fait pas, on viole 554 CO. La sanction peut être selon l'ORC une dénonciation d'un tiers pour faire inscrire la société en nom collectif.

Sur la société en commandite (594 ss CO) :

596 CO : la société doit être inscrite au registre du commerce du lieu où elle a son siège. → Faute d'inscription **606 CO** : une responsabilité indéfinie du commanditaire.

Rappel théorique :1. Infos utiles sur la société simple (530 ss CO) :**La responsabilité pour les dettes sociales** : p. 393ss

Les associés répondent personnellement des dettes sociales, et ce :

- *Directement et à titre exclusif* (société en tant que telle ne répond pas en 1^{er} lieu) ;
- *Indéfiniment* (associés tenus de manière illimitée sur l'ensemble de leurs biens) ;
- *Solidairement* (créancier peut exiger de chaque associé l'exécution intégrale des obligations de la société, cependant, sur le plan interne, l'associé recherché peut se retourner contre les autres associés d'après les règles relatives au partage des bénéfices et pertes. ATTENTION : il supporte le risque d'insolvabilité des autres associés).

p. 405 Attention : cela vaut que pour les *dettes sociales proprement dites* c.-à-d. lorsqu'une obligation a été contractée pour la société ou, plus précisément, au nom de tous les associés. Une responsabilité solidaire résulte également des causes de responsabilité objective prévues par la loi. Si, en revanche, un associé *a agi* vis-à-vis des tiers *en son nom personnel* ou s'il n'a pas disposé de pouvoirs de représentation. Exemple qui pourrait vous intéresser si vous faites de la m... plus tard : En présence d'une action dirigée contre une association d'avocats pour faute professionnelle, il faut toujours rechercher si le mandat prétendument exécuté par l'étude d'avocats de façon défectueuse a été « consenti en tant que mandat collectif, et non à un associé déterminé en tant que mandat individuel » (ATF 124 III 363). Celui qui a agi seul est lui-même toujours tenu.

Sur le plan de la responsabilité, le principe de la propriété en main commune qui préside la société simple a été sacrifié au profit du *principe de la solidarité*. Cela a été fait *dans l'intérêt des créanciers*, que l'on en saurait astreindre à actionner l'ensemble des associés.

La société simple comme forme subsidiaire :

Selon **530 al. 2 CO**, une société doit être qualifiée de société simple lorsque les prescriptions relatives à une autre forme de société réglementée dans la loi ne sont pas remplies. C'est en quelque sorte, une sorte de *fourre-tout en droit des sociétés*.

1. Infos utiles sur la société en nom collectif (552 ss CO) :**La SNC en tant que communauté en main commune dotée de l'autonomie vis-à-vis de l'extérieur** p. 422 ss

La question de la nature juridique de la SNC est controversée de longue date. La doctrine suisse refuse presque unanimement la personnalité juridique à la SNC et analyse cette forme juridique comme *une communauté en main commune* qui est toutefois traitée à maints égards comme une personne morale, et qui est à cet égard à *double visage*.

La nature de communauté en main commune de la SNC se manifeste d'abord dans les *rapports patrimoniaux*. Il existe un *patrimoine séparé* qui est détaché des fortunes privées des différents associés. Vis-à-vis de l'extérieur, la SNC apparaît comme titulaire des droits sur ce patrimoine séparé (562 CO). Cependant, du point de vue juridique, ce patrimoine séparé n'appartient pas à la société en tant que telle mais aux associés, *en main commune*. Ainsi, contrairement aux apparences, ce n'est pas la société qui est titulaire des droits/obligations mais les associés eux-mêmes dans leur ensemble.

Contrairement à la Société simple, la SNC est une communauté en main commune pas seulement en principe mais aussi *nécessairement*. Par conséquent, les biens compris dans l'actif social sont soustraits non seulement à la propriété de la société en tant que telle mais également à la copropriété des associés.

Contrairement au droit de la société simple, les dettes sociales sont garanties en 1^{er} lieu par la *fortune sociale*. Selon 570 al. 1 CO, ce patrimoine séparé sert exclusivement à désintéresser les créanciers sociaux. Les créanciers personnels des associés ne peuvent s'en emparer ; ils ne peuvent faire saisir que la part qui revient à l'associés après la liquidation de la société (et après désintéressement des créanciers sociaux) (572 CO). Si l'actifs social ne suffit pas pour couvrir les dettes sociales, tous les associés répondent à titre subsidiaire, et ce indéfiniment et solidairement, sur tous les biens (568 al. 1 CO). Les associés en nom collectif ne répondent que lorsque l'une des trois conditions de 568 al. 3 CO est remplie : dissolution de la société – poursuites infructueuses dirigées contre la société- faillite de l'associé recherché.

Le caractère subsidiaire de la responsabilité peut être écarté dans l'intérêt d'un créancier social, en stipulant qu'un associé garantit la dette social en tant que *caution solidaire* (568 al. 3 *in fine* CO) ou renonce expressément à la subsidiarité.

Le régime de la main commune a comme conséquence que *tous les associés sont tenus personnellement des engagements de la société* (568 CO).

A noter que le fait que la SCN constitue une communauté en main commune et non une personne morale découle du *principe de la gestion par les associés* en vertu duquel, sauf stipulation contraire, chaque associé peut agir pour le compte de la société et représenter celle-ci (563 CO).