

2020

Droit des sociétés

Résumé sur base du cours de 2019 / 2020, dispensé par
les professeurs TRIGO TRINDADE et DARBELLAY
SUSO

Table des matières

1. INTRODUCTION.....	1
I. Le champ d'étude	1
II. Les sociétés dans le droit des contrats.....	4
III. Les sociétés et leur destination	5
IV. Les entités personnelles en droit suisse	6
V. Éléments de définition d'une société.....	8
VI. Sociétés en droit suisse	9
2. COMPTABILITÉ	12
I. Droit comptable	12
II. Éléments de la comptabilité	12
III. Bilan	12
3. REGISTRE DE COMMERCE	25
I. Introduction	25
II. Les inscriptions - (« qui s'inscrit »).....	25
III. Contenu des inscriptions (« qu'est-ce qui est inscrit »)	31
IV. Effets des inscriptions (« quelles conséquences ? »).....	35
V. Procédure d'inscription	36
4. DROIT DES SOCIÉTÉS SIMPLES	38
I. Introduction	38
II. Rapports internes.....	41
III. Rapports externes	45
IV. Fin de la société	48
V. Entrée, sortie, transfert du sociétariat	50
5. SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF (SNC)	53
I. Définition et constitution (art. 552 à 556 CO)	53
II. Rapports externes (art. 562 à 573 CO)	54

II. Rapports internes (art. 557 à 561 CO).....	60
IV. Entrée et sortie.....	69
V. Fin de la société.....	71
6. SOCIÉTÉ EN COMMANDITE (SC)	76
I. Définition et constitution	76
II. Rapports externes	77
III. Rapports internes.....	85
IV. Entrée et sortie.....	88
V. Fin de la société.....	88
7. INTRODUCTION SA ET SÀRL.....	91
I. Importance pratique et caractéristiques générales.....	91
II. Différences et points communs de la SA et la Sàrl	92
III. Systématique du CO	93
8. LE CAPITAL	95
I. Notion de capital.....	95
II. Règles sur le « Pay-in »	99
III. Capital et actionnaires – Fonction de répartition.....	105
IV. Règles sur le « Pay-Out »	114
V. Obligations des organes en cas de perte en capital et surendettement	129
9. DROITS ET OBLIGATIONS DES ACTIONNAIRES ET ASSOCIÉS	133
I. Obligations	133
II. Droits	134
10. ACQUISITION, PERTE ET TRANSFERT DU SOCIÉTARIAT	139
I. Transfert dans la SA.....	139
II. Transfert ordinaire.....	142
III. Transfert spécial	149
IV. Procédure.....	150

V. Transfert dans la Sàrl	151
VI. NB : Obligations liées à l'acquisition d'actions et parts sociales	152
VII. Perte sociétariat	153
11. ORGANISATION	154
I. Les organes légaux	154
II. Assemblée générale / Assemblée des associées	158
III. CA / gérants.....	167
IV. Organe de révision	169
V. Problèmes dans l'organisation – Carence Art. 731b CO, renvoi à l'art. 819 CO)	171
12. RESPONSABILITÉ	172
I. Introduction	172
II. Conditions des actions en réparation du dommage causé à la société	173
III. Mise en œuvre des actions en réparation du dommage causé à la société	179
IV. Actions directes des actionnaires ou créanciers.....	183

1. INTRODUCTION

I. Le champ d'étude

Le champ d'étude du cours comprend :

- [entreprise (art. 2 lit. b ORC)] ≠ société
- société simple (art. 530 ss CO)
- société en nom collectif (CO 552 ss)
- société en commandite (CO 594 ss)
- société anonyme (CO 620 ss)
- société à responsabilité limitée (CO 772 ss)
- société coopérative (CO 828 ss)

Entreprise individuelle

L'entreprise est définie par l'ordonnance du registre de commerce comme « activité économique indépendante exercée en vue d'un revenu régulier » (ORC 2 lit. b). L'entreprise est donc l'activité (p. ex. vendre des journaux, fournir du conseil fiscal ou fabriquer du pain) et non pas une entité.

Dans le cas le plus simple, c'est une personne physique qui est titulaire de l'entreprise. Dans ce cas, on a à faire avec une entreprise individuelle (EI).

Caractéristiques de l'EI :

- souvent utilise pour professions libérales, artisans
- but, en principe, lucratif
- pas de formalités de création et pas de capital minimum; il suffit d'exercer l'activité
- la/le titulaire « est » l'entreprise individuelle
- nom de l'entreprise individuelle comprend obligatoirement celui de la ou du titulaire
- la/le titulaire répond de toutes les dettes de l'entreprise individuelle sur sa fortune personnelle
- obligation d'inscription RC si CHA > CHF 100'000

L'avantage de l'EI est qu'il n'y a pas des formalités de constitution. Dès lors qu'une personne exerce une activité à son propre compte, elle agit en tant qu'EI (même si la personne ne le sait pas). Il y a cependant une obligation d'inscription au RC si la chiffre des affaires (CHA) est supérieure à CHF 100'000. La raison étant que la/le titulaire répond de toutes les dettes de l'entreprise individuelle sur sa fortune personnelle. Il faut donc avoir des coordonnées de contact pour ses EI. Actuellement, il y a environ 160'000 des EI inscrites au RC en Suisse.

Société simple (CO 530)

La société simple (ss) est un **contrat** par lequel **deux ou plusieurs personnes** conviennent d'**unir leurs efforts ou leurs ressources** en vue d'atteindre un but **commun**.

La société simple est la « mère » de toutes les sociétés et la société « par défaut », mais ni « sujet » au sens de 2 LFus (Rechtsträger) ni même « entité juridique » (Rechtseinheit) au sens de ORC 2 lit. a

Le but d'une société simple peut être économique ou idéal. Elle a donc un champ d'application très large. Il va de l'achat en commun d'un billet de loterie jusqu'au consortium de construction.

La formation d'une société simple n'est pas soumise à des formalités de création et il ne faut pas avoir un capital minimum. Il suffit de **réaliser les conditions** et qu'il n'y ait **aucune autre forme donnée** à l'entité.

La société simple n'agit pas dans son propre nom. Si les associés agissent au nom des autres associés, il s'agit d'une représentation civile. La société simple présuppose une responsabilité personnelle directe et illimitée des associés qui répondent de toutes les dettes de « la société » (i.e. conclues au nom de tous les associés) sur leur fortune personnelle.

Normalement, aucune entreprise n'est exploitée par une société simple. Si on veut exercer une entreprise, on trouve généralement une autre forme juridique.

L'inscription au RC est impossible (champ d'application trop vaste). Ainsi, le nombre de sociétés simples est inconnu.

Société en nom collectif [SNC] (commerciale) – art. 552 CO

La SNC est une société que contractent deux ou plusieurs personnes physiques, sous une raison sociale et sans restreindre leur responsabilité envers les créanciers de la société, pour exploiter une entreprise en la forme commerciale.

Fondamentalement, il s'agit d'une entreprise exploitée par deux ou plus personnes physiques, qui toutes répondent de manière illimitée des dettes de la société. Le but d'une SNC commerciale est en principe lucratif.

Souvent utilise pour artisans, professions libérales

Pas de formalités de création et pas de capital minimum; il suffit d'exercer l'activité.

La société agit sous un nom commercial qui indique sa forme juridique; elle est « représentée » par ses associés.

Responsabilité primaire de la société pour les dettes de l'entreprise, complétée par une responsabilité subsidiaire illimitée des associés.

Il y a une obligation d'inscription RC. Actuellement, il y a environ 11'500 inscrites au RC en Suisse.

Société en commandite [SC] (commerciale) – art 594 CO

Une SC est une société formée sous une raison sociale, pour exploiter une entreprise commerciale avec deux catégories d'associés : au moins un associé, personne physique, indéfiniment responsable (associés indéfiniment responsables = AIR) + au moins un commanditaire, personne physique ou morale, responsable de manière limitée.

Comme EI ou SNC + au moins un associé dont la contribution est (généralement) financière avec responsabilité limitée pour dettes de la société à l'égard des tiers.

Le but d'une SC est en principe, lucratif. Le champ d'application est le même qu'EI ou SNC + nécessité de financement.

Pas de capital minimum, ni formalités de fondation; *de facto* inscription RC nécessaire pour restriction efficace de la responsabilité. La société agit sous un nom commercial qui indique sa forme juridique ; elle est « représentée » par ses AIR.

Responsabilité primaire de la société pour les dettes de l'entreprise, complétée par une responsabilité subsidiaire illimitée des AIR et responsabilité limitée des commanditaires

Obligation d'inscription RC. Il y a environ 1'500 SC inscrites au RC en Suisse

Société anonyme [SA] (CO 620)

La SA est une société avec la personnalité juridique, formée sous une raison sociale, qui répond seule de ses engagements; capital fixe, divisé en actions qui confèrent le sociétariat à un ou plusieurs actionnaires (même très nombreux); (seule) obligation des actionnaires est de faire un apport de nature financière.

La SA est une entité juridique distincte de ses associés, avec lesquels elle n'entretient que des liens financiers (capitalistes). Le but d'une SA est, en principe, lucratif.

La forme de la SA est adaptée à toute forme d'activité (économique) qui nécessite un financement (même très important). Le capital de fondation est de CHF 100'000.- au minimum; Les formalités de fondation sont lourdes et strictes, y compris l'inscription au RC, qui est indispensable pour l'existence de la société.

La société agit sous un nom commercial qui indique sa forme juridique.

L'organisation de la SA est complexe :

- assemblée générale des associés prend décisions importantes
- conseil d'administration gère et représente la société
- organe de révision contrôle comptabilité

Il y a des règles de protection strictes du patrimoine social. La société a une responsabilité exclusive pour les dettes de l'entreprise.

env. 218'000 inscrites au RC en Suisse

Société à responsabilité limitée [Sàrl] (CO 772)

La SARL est une société avec la personnalité juridique, formée sous une raison sociale, qui répond seule de ses engagements; capital fixe, divisé en parts sociales qui confèrent le sociétariat à un ou plusieurs associés (peu nombreux); obligation de faire un apport de nature financière + devoir de fidélité + evt. autres devoirs statutaires.

Entité juridique distincte de ses associés, avec lesquels elle entretient des liens financiers et de nature personnelle.

Le but d'une Sàrl est, en principe, lucratif.

Adaptée à toute forme d'activité (économique) qui nécessite un financement faible ou moyen (PME, entreprise familiale).

Capital de fondation de CHF 20'000 au minimum; formalités de fondation lourdes et strictes y compris inscription RC indispensable pour l'existence de la société

La société agit sous un nom commercial qui indique sa forme juridique

Organisation complexe :

- assemblée des associés prend décisions importantes
- gérants (en principe les associés eux-mêmes) gèrent et représentent la SARL
- organe de révision contrôle comptabilité

Règles de protection strictes du patrimoine social

responsabilité exclusive de la société pour les dettes de l'entreprise

env. 198'000 inscrites au RC en Suisse ↗

Société coopérative [Coop] (CO 828)

La Coop est une société avec personnalité juridique, formée sous une raison sociale, qui répond en principe seule de ses dettes ; poursuit principalement le but de favoriser ou de garantir, par une action commune, des intérêts économiques déterminés de ses membres.

Entité juridique distincte de ses associés, avec lesquels elle entretient des liens de nature personnelle (obligation de fidélité, plus autres obligations statutaires à la charge des associés)

But coopératif, fonde sur le principe de l'entraide ou de « l'union fait la force »

Utilise surtout pour habitat coopératif, pool d'assures, coopératives de consommation, agriculture...

7 associés au moins, mais pas de capital minimum; formalités de fondation moins strictes, mais inscription RC indispensable pour l'existence de la société.

La société agit sous un nom commercial qui indique sa forme juridique

organisation complexe :

- assemblée des associés prend décisions importantes
- administrateurs gèrent et représentent la Coop
- organe de révision contrôle comptabilité

Responsabilité exclusive de la société pour les dettes de l'entreprise

env. 8'500 inscrites au RC en Suisse ↘

II. Les sociétés dans le droit des contrats

En DS, on entre dans un monde où il y a une pluralité des contrats au même temps qui interagissent.



Les contrats qu'on vu jusqu'ici étaient des contrats ponctuels d'échange. Les intérêts en question se balançaient dans le sens que le vendeur veut vendre cher et l'acheteur veut faire payer peu. Les contrats dans la matière du DS sont plutôt des contrats de collaboration, qui sont plus durables. La durabilité exige qu'on puisse adapter le contrat en cas de besoin. On verra donc les mécanismes qui permettent aux parties de modifier leur contrat au fur et à mesure du temps. De plus, les sociétés vont être en contact avec des tiers (fournisseurs, créanciers etc.).

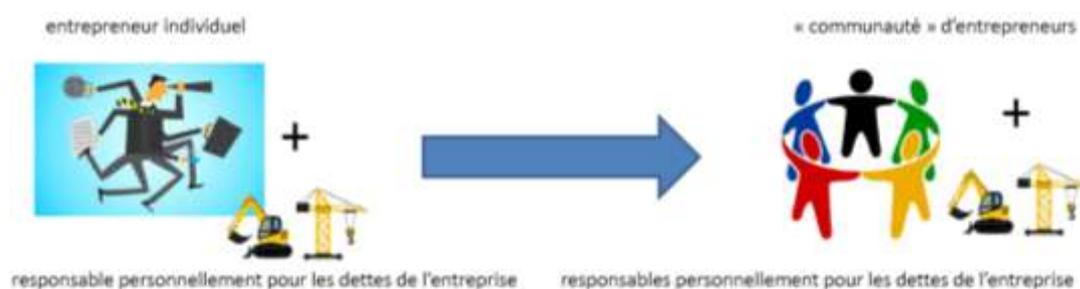


III. Les sociétés et leur destination

À quoi servent les différentes sociétés ?

Point de départ : personne physique qui exploite une entreprise. Cette personne est responsable pour les dettes qui résultent des contrats qu'elle passe avec ces cocontractants.

Di un groupe d'entrepreneurs se met ensemble, il doit s'entendre sur les termes de leur relation entre eux. À l'égard des tiers, ils sont personnellement responsables pour les dettes de l'entreprise.



Ensuite, il y a la possibilité de ne pas traiter tous les associés de la même manière. La société en commandite permet à certains associés de limiter leur responsabilité.



Lorsqu'on a commencé à faire des opérations qui dépassent les moyens d'une personne isolée (ou d'un petit groupement), il faut une autre forme d'organisation. La SA a une pluralité

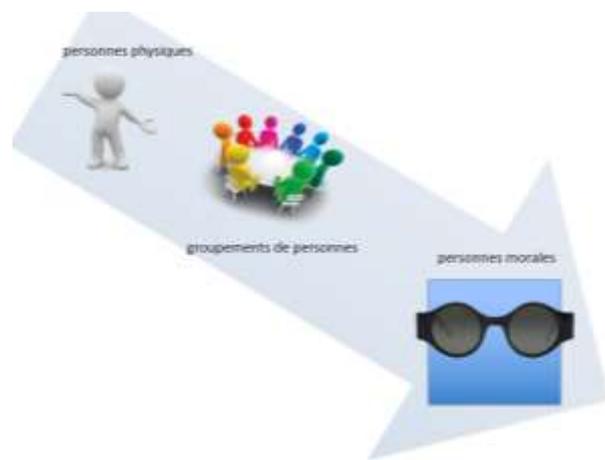
de « financiers » limitant leur responsabilité à un montant déterminé. La gestion est confiée à un spécialiste. Cela permet aux investisseurs de calculer leur risque (leur responsabilité est limitée à leur apport à la société) et aux entrepreneurs d'amasser beaucoup d'argent pour financer des grandes entreprises.



Or, l'association coopérative permettrait de gagner des bénéfices d'escalpe (l'union fait force).

IV. Les entités personnelles en droit suisse

Le droit suisse reconnaît les personnes physiques et les personnes morales. Entre les deux, il y a une situation intermédiaire, à savoir des groupements de personnes.

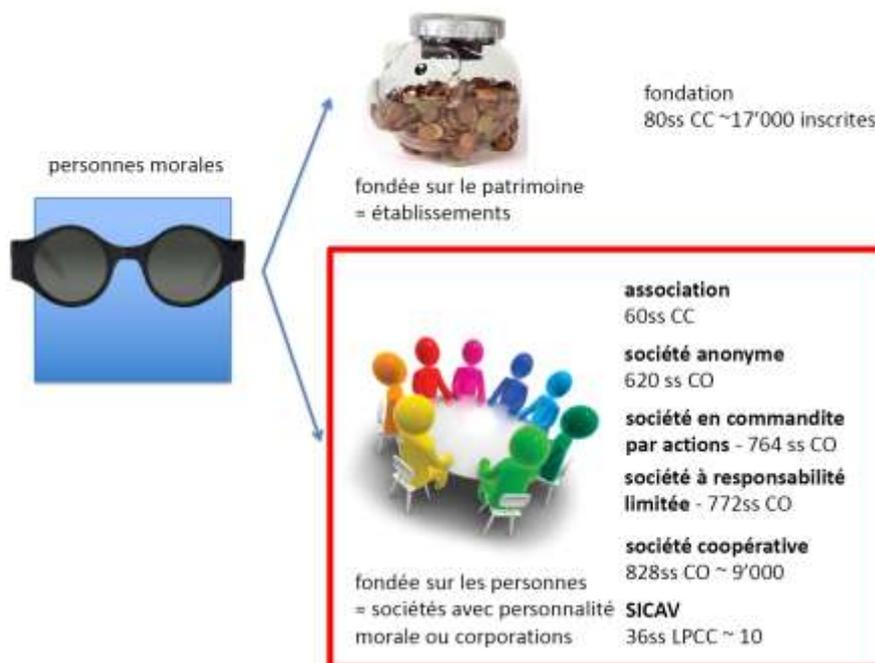


1. Les groupements de personnes



Dans ce cours, on ne s'intéresse qu'aux groupements de personnes fondés sur un contrat

2. Les personnes morales



2.1. Fondées sur le patrimoine

Uniquement la fondation. Qui sert un but spécifique avec le patrimoine qui est investi dans la fondation.

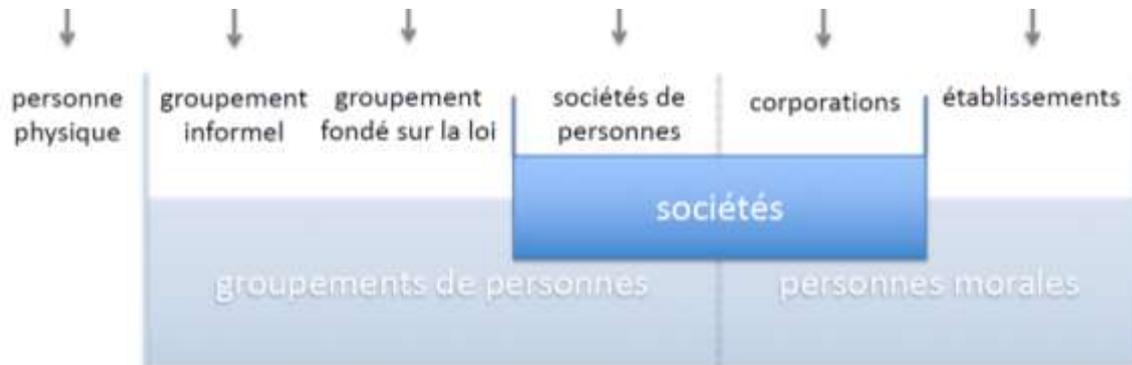
Contrairement aux sociétés qui doivent adapter leur volonté au cours de temps, les fondations en une volonté rigide, à savoir le but assigné par le fondateur au moment de la fondation.

2.2. Fondée sur les personnes

Cf. image ci-dessus.

La société en commandite par actions est très rare. Seulement dix en Suisse.

3. Sociétés en droit suisse



V. Éléments de définition d'une société

La base de notre étude est la société simple.

La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun. (art. 530 al. 1er CO)

1. L'élément personnel

La société est un contrat par lequel **deux ou plusieurs personnes...**

Cet élément est vrai sans réserve pour les sociétés de personnes (société simple, SNC et SC).

Une SA ou une Sàrl peut être constituée d'une seule personne. Pour constituer une Coop, il faut être au moins sept personnes.

L'élément personnel permet de distinguer et délimiter les sociétés par rapport aux établissements (c'est-à-dire les personnes morales fondées sur le patrimoine ; i.e. la fondation)

2. L'élément contractuel

La société est **un contrat** qui règle :

- les droits et obligations des associés (aspect contractuel)
- l'organisation de la société (aspect institutionnel)

Même les sociétés unipersonnelles (possible pour la SA et la Sàrl) doivent avoir des statuts (donc élément institutionnel du « contrat »).

L'élément contractuel permet de délimiter la société par rapport :

- aux groupements fondés sur la loi
- aux groupements non contractuels

3. La poursuite d'un but commun (*animus societatis*)

... en vue d'atteindre un but commun

« la volonté de mettre en commun des biens, ressources ou activités en vue d'atteindre un objectif déterminé, d'exercer une influence sur les décisions et de partager non seulement les risques et les profits, mais surtout la substance même de l'entreprise »

- (ATF 99 II 303)

On peut distinguer:

- l'objectif de la société (son but immédiat).
 - o P. ex. fabriquer des chaussures
- son but final: économique (lucratif ou coopératif) ou idéal
 - o P. ex. générer un avantage économique pour les associés/actionnaires (but lucratif)

La poursuite d'un but commun permet de délimiter les sociétés :

- par rapport aux contrats synallagmatiques (échange de prestations, intérêts opposés)
- par rapport aux contrats de service (but fixé par une seule partie, la prestation est apportée dans son intérêt, non dans celui du prestataire)
- par rapport aux contrats partiaires (pas de but immédiat commun, mais moyen de rémunération particulier)

VI. Sociétés en droit suisse

Il y a un *numerus clausus* de 10 sociétés en droit privé suisse. La raison étant qu'il y a des relations avec des tiers qui doivent savoir avec quelle sorte de société ils traitent.

1. En fonction de la base légale et de la personnalité juridique

les sociétés du droit privé suisse			
loi	sans personnalité	avec quasi personnalité	corporations
CC	N/A	N/A	association
CO	société simple	société en nom collectif	société anonyme
			société en commandite par actions
		société en commandite	société à responsabilité limitée
			société coopérative
LPCC	N/A	SCPC	SICAV

Sans personnalité : pas d'existence à l'égard des tiers

Corporations : propres biens et propres dettes

Quasi-personnalité : ressemblent aux personnes morales à l'égard des tiers. On traite avec la société. Cependant la société n'est pas propriétaire de ses biens (ce sont les associés).

2. En fonction de la nature du but

critère: nature du but		typique	possible	interdit
but économique	lucrative	SNC SC SA SCPA SARL SICAV SCPC	société simple	Coop association
	coopérative	Coop	association société simple SNC SC SA SCPA SARL	SICAV SCPC
but idéal (but altruiste ou sportif, religieux, etc.)		association	société simple SNC SC SA SCPA SARL Coop	SICAV SCPC

Association se trouve dans le CC, parce qu'elle a un but idéal et pas économique. Les autres sociétés ont typiquement un but économique.

3. En fonction de l'exploitation d'une entreprise commerciale

La société, exploite-t-elle une entreprise commerciale ?

élément définition	SNC* SC*
typique	SA SCPA SARL SICAV SCPC
atypique	Coop association
inadapté, mais possible (si associé(s) pm ou quasipersonnalité)	société simple

SNC & SC commerciales

4. En fonction de l'importance des associés

L'importance des associés peut notamment être due au fait qu'ils sont responsables personnellement des dettes de la société et du fait qu'ils sont tenus de gérer la société.



*personnalisé pour AIR, capitaliste pour commanditaires

5. En fonction du régime de responsabilité

	société	associés
association	oui	non → limitée ou illimitée
société en nom collectif		illimitée pour AIR
société en commandite		illimitée pour AIR, limité pour commanditaire
société anonyme		non
société en commandite par actions		illimitée pour AIR
société à responsabilité limitée		non
société coopérative		non → limitée ou illimitée
sicav		non
société en commandite placements coll.		illimitée pour AIR, limité pour commanditaire
société simple		non

6. En fonction du coût de la fondation

très élevé	SICAV SCPC	exigences droit bancaire
élevé	SA SCPA	capital minimum CHF 100'000 acte notarié inscription constitutive au RC
moyen	SARL	capital minimum CHF 20'000 acte notarié inscription constitutive au RC
faible	coopérative	statuts en la forme écrite inscription constitutive au RC
plus faible	association SNC/SC	statuts en la forme écrite contrat même tacite inscription obligatoire au RC
très faible	société simple	contrat même tacite

2. COMPTABILITÉ

I. Droit comptable

Titre trente-deuxième: De la comptabilité commerciale et de la présentation des comptes

Nouvelle teneur selon le ch. I 2 de la LF du 23 déc. 2011 (Droit comptable), en vigueur depuis le 1er janv. 2015 et 1er janvier 2016 (pour certaines dispositions)

Différents types de comptabilité et leur champ d'application des (CO 957ss)

« Carnet de lait »

Les entreprises individuelles et les sociétés de personnes qui ont réalisé un chiffre d'affaires inférieur à 500 000 (CO 957 II)

Comptabilité « ordinaire »

Les entreprises individuelles et les sociétés de personnes qui ont réalisé un chiffre d'affaires supérieur à 500 000 francs lors du dernier exercice
Les personnes morales

Comptes des grandes entreprises (exigences en plus) (CO 961 ss)

Sociétés publiques

Sociétés « 20/40/250 » (= 20 mio total bilan, 40 mio ch. affaires, 250 EPT)

normes particulières (IFRS, Swiss GAAP...) (CO 962 ss)

Sociétés cotées, grandes coopératives ou grandes fondations

II. Eléments de la comptabilité

Art. 958 al. 2 CO

2. Les comptes sont présentés dans le rapport de gestion. Ce dernier contient les comptes annuels individuels (comptes annuels) qui se composent du bilan, du compte de résultat et de l'annexe.

III. Bilan

Bilan = Photo de la situation

Art. 959 al. 1 CO

1. Le bilan reflète l'état du patrimoine et la situation financière de l'entreprise à la date du bilan. Il se compose de l'actif et du passif.

Définition : Le bilan recense à un instant donné l'ensemble des emplois d'une entreprise (l'actif) et de ses ressources (le passif). Par définition, ceux-ci ne peuvent qu'être comptablement équilibrés. [...].

1. Éléments (aperçu)

Éléments du patrimoine (« réels »)

Inscrits à l'actif

Actifs

- + Éléments permettant de corriger (à la baisse) la valeur des actifs
 - Amortissements
 - Corrections de valeur

Inscrits au passif

Fonds de tiers

- Dettes
- Provisions

Postes comptables (à l'opposition des postes réels)

Inscrits au passif:

postes valeur ≥ 0

- parts sociales/capital
- réserves, bénéfice

postes ≤ 0

- pertes

Les réserves et pertes cachées ou latentes **ne** sont **pas** inscrits au bilan.

2. Éléments du patrimoine

1. Les actifs

Art. 959 al. 2 CO

2. L'actif comprend les éléments du patrimoine dont l'entreprise peut disposer en raison d'événements passés, dont elle attend un flux d'avantages économiques et dont la valeur peut être estimée avec un degré de fiabilité suffisant. Aucun autre élément du patrimoine ne peut être porté au bilan.

Art. 959 al. 3 CO

3. L'actif circulant comprend la trésorerie et les actifs qui seront vraisemblablement réalisés au cours des douze mois suivant la date du bilan, dans le cycle normal des affaires ou d'une autre manière. Tous les autres actifs sont classés dans l'actif immobilisé.

Actif circulant = trésorerie et les actifs qui seront vraisemblablement réalisés au cours des douze mois suivant la date du bilan

Actif immobilisé = tout le reste

Art. 959a al. 1 CO

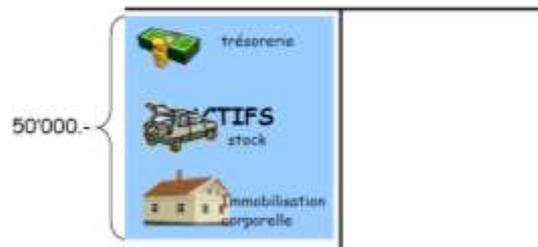
1. L'actif du bilan est présenté par ordre de liquidité décroissante; il comporte au moins les postes ci-après, indiqués séparément et selon la structure suivante:

1. actif circulant:

- a) trésorerie et actifs cotés en bourse détenus à court terme,
- b) créances résultant de la vente de biens et de prestations de services,
- c) autres créances à court terme,
- d) stocks et prestations de services non facturées,
- e) actifs de régularisation;

2. actif immobilisé:

- a) immobilisations financières,
- b) participations,
- c) immobilisations corporelles,
- d) immobilisations incorporelles,
- e) capital social ou capital de la fondation non libéré.



2. Amortissements et corrections de valeur

Art. 960a al. 3 CO

3. Les pertes de valeur dues à l'utilisation de l'actif et au facteur temps sont comptabilisées par le biais des amortissements, celles dues à d'autres facteurs, par le biais de corrections de valeur. Les corrections de valeur et les amortissements sont calculés conformément aux principes généralement admis dans le commerce. Ils sont imputés directement ou indirectement sur l'actif visé, à charge du compte de résultat; leur comptabilisation au passif est prohibée.

2.1. Amortissement direct

On déduit l'amortissement directement de la valeur de l'actif.

Exemple : Matériel informatique d'une valeur de 20'000 qui doit être remplacé après deux ans.

T-Account An 0

Actif		Passif	
Trésorerie	20'000		
Matériel Informatique	20'000		

Après un an, on déduit l'amortissement du montant pour lequel le matériel est inscrit au bilan :

T-Account : Fin de l'an 0

Actif		Passif	
Trésorerie	20'000		
Matériel Informatique	10'000		

Après deux ans, le matériel informatique doit être remplacé (il ne vaut plus rien). Il n'apparaît donc plus au bilan.

T-Account : Fin de l'an 1

Actif		Passif	
Trésorerie	20'000		

2.2. Amortissement indirect

On laisse la valeur initiale de l'actif inscrit au bilan, mais déduit l'amortissement.

Exemple : Matériel informatique d'une valeur de 20'000 qui doit être remplacé après deux ans.

T-Account An 0

Actif		Passif	
Trésorerie	20'000		
Matériel Informatique	20'000		

Après un an, on laisse le matériel informatique inscrit pour CHF 20'000 mais, on en déduit l'amortissement de CHF 10'000 :

T-Account : Fin de l'an 0

Actif		Passif	
Trésorerie	20'000		
Matériel Informatique	20'000		
Amortissement	- 10'000		

Après deux ans, le matériel informatique doit être remplacé (il ne vaut plus rien). Il n'apparaît donc plus au bilan.

T-Account : Fin de l'an 1

Actif		Passif	
Trésorerie	20'000		
Matériel Informatique	20'000		
Amortissement	- 20'000		

2.3. Corrections de valeur (c.v.)

Perte de valeur qui n'est pas dû à l'utilisation régulière et à l'élément du temps (p. ex. dégâts d'eau).

Correction de valeur directe : On déduit le montant de la c.v. de la valeur pour laquelle l'actif est inscrit au bilan.

Correction de valeur indirecte : on garde la somme initiale, mais inscrit une c.v. (montant négatif) au bilan.

3. Les fonds de tiers

3.1. Les dettes

Art. 959 al. 5 CO – Définition des fonds de tiers

5. Les capitaux étrangers comprennent les dettes qui résultent de faits passés, qui entraînent un flux probable d'avantages économiques à la charge de l'entreprise et dont la valeur peut être estimée avec un degré de fiabilité suffisant.

Art. 959 al. 6 CO – Classement des fonds des tiers en longue et courte terme

6. Les capitaux étrangers à court terme comprennent les dettes qui seront vraisemblablement exigibles dans les douze mois suivant la date du bilan ou dans le cycle normal des affaires. Toutes les autres dettes sont classées dans les capitaux étrangers à long terme.

Ou bien, dit plus simplement :

- dettes à court terme = dettes vraisemblablement exigibles dans les douze mois suivant la date du bilan
- dettes à long terme = autres

Art. 959a al. 2 ch. 1 et 2 CO – Ordre des fonds des tiers

2. Le passif du bilan est présenté par ordre d'exigibilité décroissante;

il comporte au moins les postes ci-après, indiqués séparément et selon la structure suivante:

1. capitaux étrangers à court terme:
 - a. dettes résultant de l'achat de biens et de prestations de services,
 - b. dettes à court terme portant intérêt,
 - c. autres dettes à court terme,
 - d. passifs de régularisation;
2. capitaux étrangers à long terme:
 - a. dettes à long terme portant intérêt,
 - b. autres dettes à long terme,
 - c. provisions et postes analogues prévus par la loi;

[...]

Exemple :

Actif	Passif
	Dettes exigibles en 2 mois
	Dettes exigibles en 2025

3.2. Les provisions

On craint qu'on aille devenir débiteur ou bien qu'un élément des actifs aille perdre sensiblement de valeur.

Art. 960e al. 2 CO

2. Lorsque, en raison d'événements passés, il faut s'attendre à une perte d'avantages économiques pour l'entreprise lors d'exercices futurs, il y a lieu de constituer des [...], à hauteur du montant vraisemblablement nécessaire.

Exemple 1 : Une société risque d'être condamnée à payer CHF 10'000 :

Actif		Passif	
Actifs	40'000	20'000	Dettes
		10'000	Provision

Exemple 2 : Il y a un risque que la livre perde 50% de sa valeur

Bilan avant l'avènement du risque

Actif		Passif	
Livre Sterling	20'000	20'000	Dettes
Autres actifs	20'000		

Bilan après l'avènement du risque

Actif		Passif	
Livre Sterling	20'000	20'000	Dettes
Autres actifs	20'000	10'000	Provision

4. La fortune nette (= fortune sociale si société)

Fortune nette = Actifs (après amortissements et corrections de valeur) - Fonds de tiers (i.e. dettes + provisions)

Fortune nette = Fonds propres - |Pertes|

Exemple :

Actif		Passif	
Actifs	100'000	20'000	Dettes

Amortissements	- 10'000	10'000	Provision
Corrections de valeur	- 10'000		
Fortune nette =	[100'000 – 10'000 – 10'000]	- [20'000 + 10'000]	
Fortune nette =	[80'000]	- [30'000]	
Fortune nette =	50'000		

Exemple d'une société surendettée

Actif		Passif	
Actifs	40'000	50'000	Fonds de tiers (FT)
Amortissements	- 10'000		

$$\text{Fortune nette} = \text{Actifs} - \text{FT} = [40'000 - 10'000] - 50'000 = 30'000 - 50'000 = - 20'000$$

3. Postes comptables

1. Fonds propres

NB : Les fonds propres comprennent différents « sous-postes » que nous examinerons ultérieurement: les parts sociales (ou le capital), les réserves et/ou le bénéfice.

Exemple :

Actif		Passif	
Actifs	60'000	20'000	Fonds de tiers (FT)
Corrections de valeur	- 10'000	30'000	Fonds propres

$$\text{FN} = [60'000 - 10'000] - 20'000 = 30'000$$

$$\text{FN} = \text{Fonds propres} - |\text{Pertes}|$$

$$\text{Fonds propres} = \text{FN} - |\text{Pertes}| = 30'000 - 0 = \mathbf{30'000}$$

2. Pertes

Quand on n'a pas assez des actifs pour couvrir les passifs, on enlève les « pertes » de la société, afin de stabiliser le bilan.

$$\text{FN} = \text{A} - \text{FT} = 25'000 - 50'000 = -25'000 = \mathbf{\text{Fonds Propres} - |\text{Pertes}| = 0 - 25'000}$$

Art. 959a al. 2 ch. 3 CO

Le passif du bilan est présenté par ordre d'exigibilité décroissante; il comporte au moins les postes ci-après, indiqués séparément et selon la structure suivante:

[...]

3. capitaux propres:

- a. capital social ou capital de la fondation, le cas échéant ventilé par catégories de droits de participation,
- b. réserve légale issue du capital,
- c. réserve légale issue du bénéfice,
- d. réserves facultatives issues du bénéfice ou pertes cumulées, en diminution des capitaux propres,
- e. propres parts du capital, en diminution des capitaux propres.

3. Réserves et pertes latentes ou cachées

3.1. Réserve latente : actif sous-évalué

L'idée du droit comptable suisse est de protéger les créanciers. Le législateur permet d'inscrire des actifs au prix d'achat. Un immeuble acheté en 1900 pour 50'000 reste ainsi dans le bilan pour autant, malgré le fait que la valeur de marché est de 2'000'000 CHF.

NB: la surévaluation peut résulter d'une surévaluation des amortissements ou des corrections de valeur ou du maintien d'amortissements ou corrections de valeur qui ne se justifient plus (960a al. 4 CO)

Situation comptable

Actif		Passif	
Actifs	30'000	25'000	Fonds de tiers (FT)
		5'000	Fonds propres

Situation réelle

Actif		Passif	
Actifs (valeur réelle)	55'000	25'000	Fonds de tiers (FT)
		30'000	Fonds propres (valeur réelle)

Donc :

Actif		Passif	
Actifs	30'000	25'000	Fonds de tiers (FT)
		5'000	Fonds propres
Actifs non-inscrits au bilan	25'000	25'000	- Autres - Réserve latente

3.2. Réserve latente : passif surévalué

La loi permet le maintien de provisions qui ne se justifient plus (960e al. 4 CO)

Situation comptable

Actif		Passif	
Actifs	70'000	10'000	Dettes
		50'000	Provision
		10'000	Fonds propres

Situation réelle

Actif		Passif	
Actifs	70'000	10'000	Dettes
		10'000	Provision (valeur réelle)
		50'000	Fonds propres (valeur réelle)

Donc :

Actif		Passif	
Actifs	70'000	10'000	Dettes
		10'000	Provision (valeur réelle)
		10'000	Fonds propres
		40'000	- Autres - Réserve latente

3.3. Perte latente : actif surévalué

NB : la loi **ne** tolère **pas** les pertes latentes

Situation comptable

Actif		Passif	
Actifs	65'000	25'000	Fonds de tiers (FT)
		40'000	Fonds propres

Situation réelle

Actif		Passif	
Actifs (valeur réelle)	30'000	25'000	Fonds de tiers (FT)
		5'000	Fonds propres (valeur réelle)

Donc :

Actif		Passif	
Actifs (valeur réelle)	30'000	25'000	Fonds de tiers (FT)
		5'000	Fonds propres (valeur réelle)
		35'000	Perte cachée (fonds propres Inexistants)

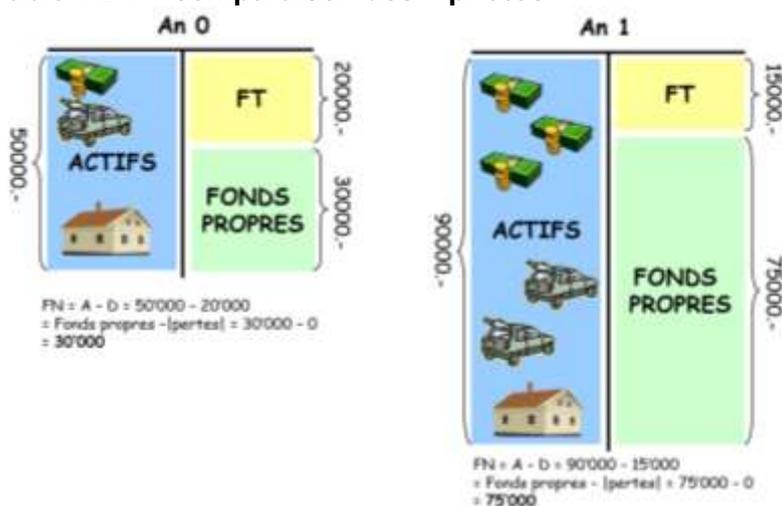
INTERDIT

4. Utilité des postes comptables

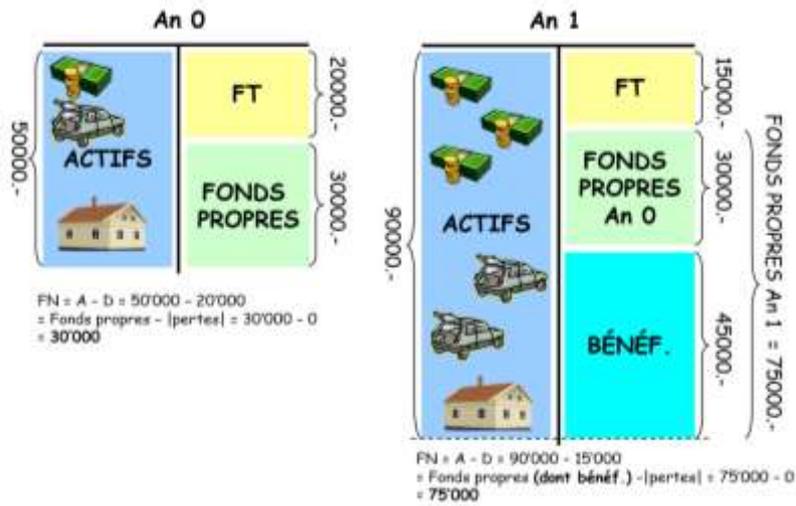
- 4.1. Suivi de l'évolution de la situation au cours du temps
- 4.2. Répartition entre plusieurs ayants droit
- 4.3. Protection des créanciers

4.1. Suivi de l'évolution de la situation financière de l'entreprise au cours du temps

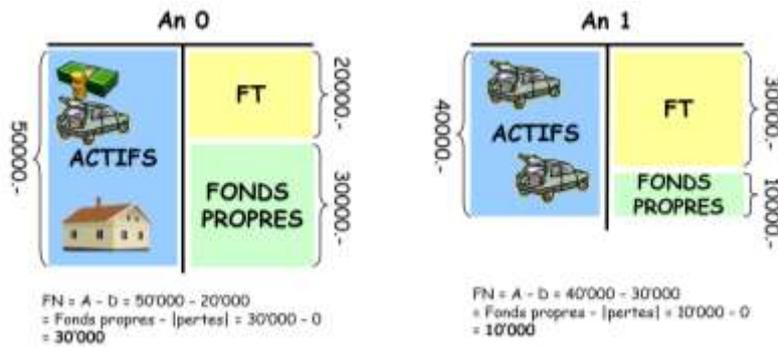
Évolution favorable 1/2 : comparaison des « photos »



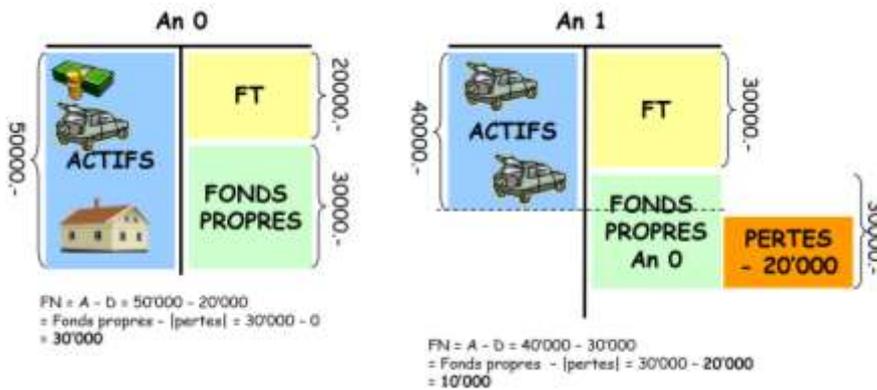
Évolution favorable 2/2 : poste d'équilibre



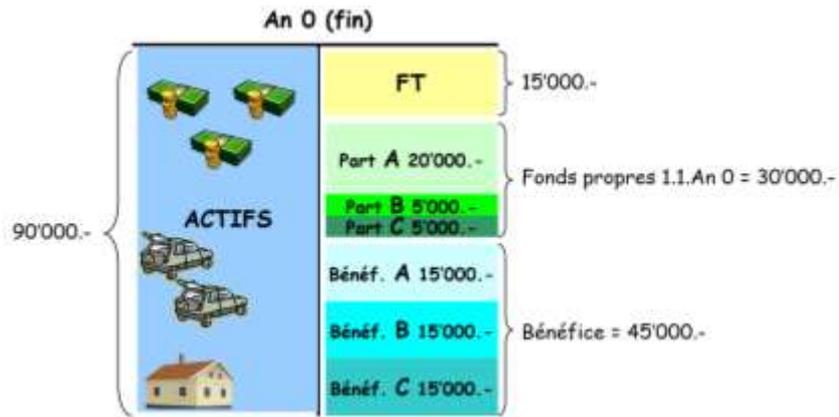
Évolution défavorable 1/2 : comparaison des « photos »



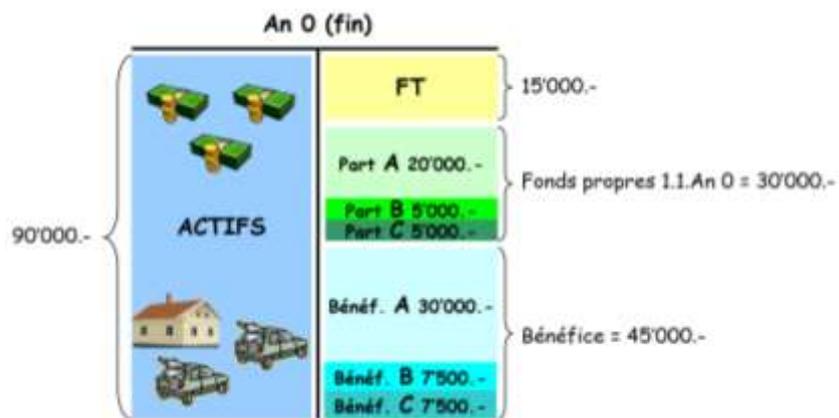
Évolution défavorable 2/2 : poste d'équilibre



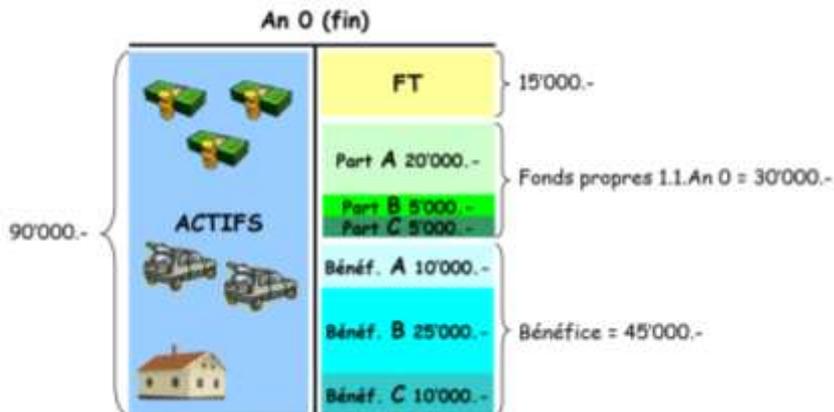
4.2. Répartition entre plusieurs ayants droit



Répartition proportionnelle

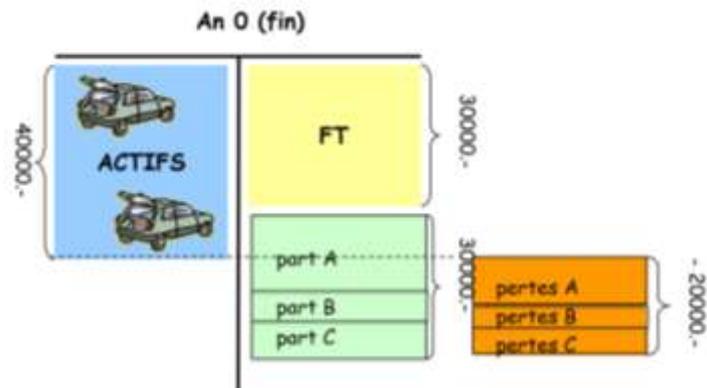


Répartition libre :



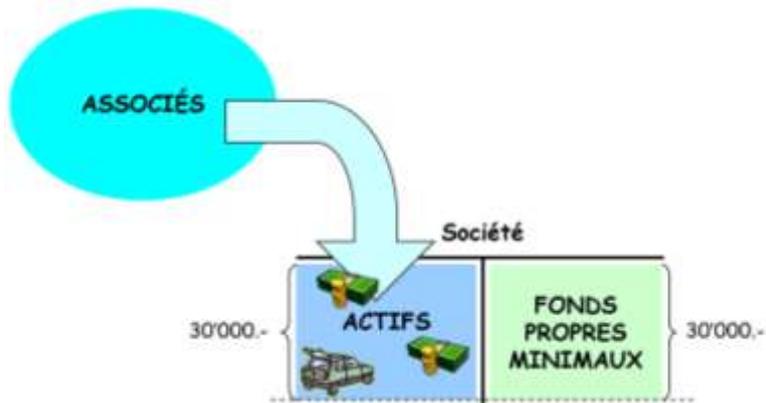
4.2.3. Répartition des pertes entre plusieurs ayants droit

Répartition proportionnelle des pertes :

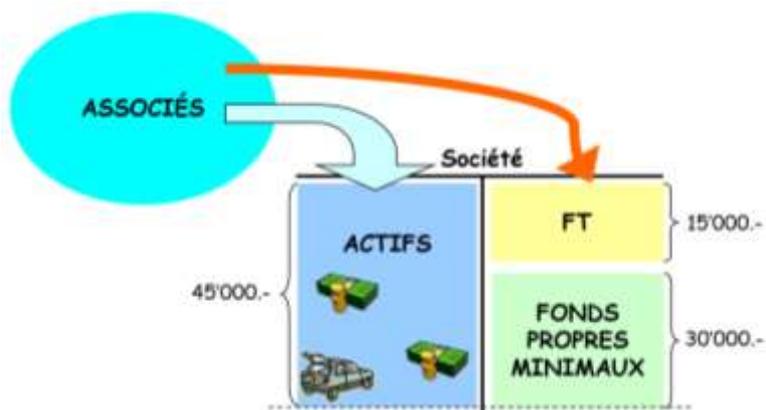


4.3. Protection des créanciers

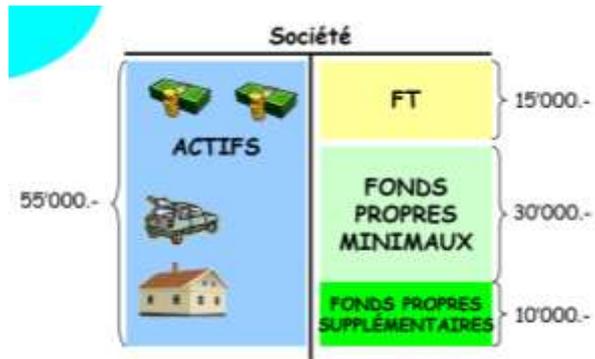
« Pay-in » 1/2 : Les associés apportent uniquement des actifs



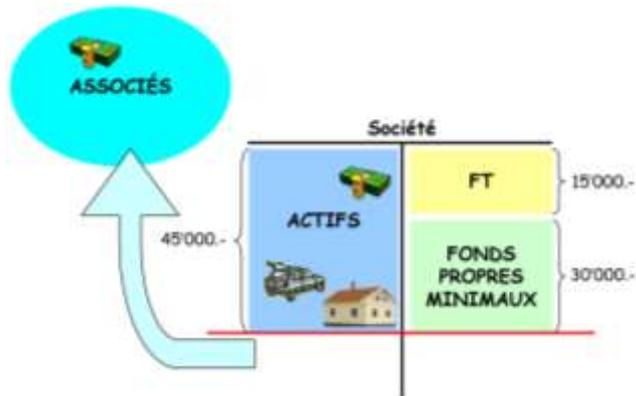
« Pay-in » 2/2 : Associés apportent des actifs et des FT



« Pay-out »
Avant le « pay-out » :



Après le « pay-out »



3. REGISTRE DE COMMERCE

I. Introduction

Définition: CO 927 (adopté, non encore en vigueur)

Le registre du commerce est un ensemble de **bases de données** gérées **par l'Etat**. Il vise notamment à enregistrer et à publier les faits juridiquement pertinents concernant des entités juridiques en vue de contribuer à la sécurité du droit et à la protection des tiers.

Par entités juridiques au sens du présent titre, on entend:

1. les entreprises individuelles;
2. les sociétés en nom collectif;
3. les sociétés en commandite;
4. les sociétés anonymes;
5. les sociétés en commandite par actions;
6. les sociétés à responsabilité limitée;
7. les sociétés coopératives;
8. les associations;
9. les fondations;
10. les sociétés en commandite de placements collectifs;
11. les sociétés d'investissement à capital fixe;
12. les sociétés d'investissement à capital variable;
13. les instituts de droit public;
14. les succursales

Le RC relève du droit fédéral, mais il est largement mené par des autorités cantonales.

Fonctions du registre du commerce

Art. 1 ORC - But

Le registre du commerce sert à la constitution et à l'identification des entités juridiques. Il a pour but d'enregistrer et de publier les faits juridiquement pertinents et de garantir la sécurité du droit ainsi que la protection de tiers dans le cadre des dispositions impératives du droit privé.

En plus, le RC sert comme point de rattachement pour certaines règles juridiques.

II. Les inscriptions - (« qui s'inscrit »)

Classement des inscriptions au RC

	Obligatoire	Facultatif
Constitutif	existe sous une forme juridique déterminée seulement si inscrit sous cette forme; doit s'inscrire – mais pas obligatoirement sous cette forme juridique	existe sous une forme juridique déterminée seulement si inscrit sous cette forme ; peut ne pas figurer au RC
Déclaratif	existe sous une forme juridique déterminée indépendamment de toute inscription ; doit figurer au RC	existe sous une forme juridique déterminée indépendamment de toute inscription ; peut ne pas figurer au RC

1. Inscription constitutive

Une entité pour laquelle l'inscription est constitutive n'a pas d'existence en tant que personne morale avant l'inscription. Il est possible que l'inscription de l'entité (sous une forme ou sous une autre) soit obligatoire sans être constitutive.

Art. 52 CC - De la personnalité

1. Les sociétés organisées corporativement [= sociétés qui ont la personnalité morale], de même que les établissements ayant un but spécial et une existence propre, acquièrent la personnalité en se faisant inscrire au registre du commerce.
2. Sont dispensés de cette formalité les corporations et les établissements de droit public ainsi que les associations qui n'ont pas un but économique [c'est-à-dire qui n'exploitent pas une entreprise en la forme commerciale].

L'inscription de toute association est déclarative, même si elle a un but économique (mais obligatoire si entreprise en la forme commerciale).

L'art. 52 CC est rappelé aux articles suivants :

Concernant la SA/SCPA :

- **Art. 643 al. 1 CO** : « La société n'acquiert la personnalité que par son inscription sur le registre du commerce. »

Concernant la Sàrl :

- **Art. 779 al. 1 CO** : « La société acquiert la personnalité par son inscription au registre du commerce. »

Concernant la Coop :

- **Art 838 CO** : « La société n'acquiert la personnalité que par son inscription sur le registre du commerce. »

L'inscription constitutive concerne les entités dans le **cadre rouge** :

	sociétés sans personnalité	sociétés avec quasi-personnalité	sociétés avec personnalité morale
	n/a	n/a	association (00ss CO)
	société simple (330ss CO)	société en nom collectif (552ss CO) société en commandite (594ss CO)	société anonyme (620ss CO) société en commandite par actions (704ss CO) société à responsabilité limitée (772ss CO) société coopérative (828ss CO)

2. Inscription obligatoire

Dans certains cas la loi prévoit l'inscription obligatoire pour protéger les tiers.

	sociétés sans personnalité	sociétés avec quasi-personnalité	sociétés avec personnalité morale
	n/a	n/a	association (00ss CO) seulement si
	société simple (330ss CO)	société en nom collectif (552ss CO) société en commandite (594ss CO)	société anonyme (620ss CO) société en commandite par actions (704ss CO) société à responsabilité limitée (772ss CO) société coopérative (828ss CO)

NB:
vaut aussi pour entreprise individuelle.

2.10.19  

2.1. Exploitation d'une entreprise en la forme commerciale

Art. 934 al. 1 CO

Celui qui fait le commerce, exploite une fabrique ou exerce en la forme commerciale quelque autre industrie est tenu de requérir l'inscription de sa raison de commerce sur le registre du lieu où il a son principal établissement.

cf. aussi art. 931 al. 1 CO (adopté mais non encore en vigueur)

Toute personne physique qui exploite une entreprise et qui, au cours du précédent exercice, a réalisé un chiffre d'affaires d'au moins 100'000 francs doit requérir l'inscription de son entreprise individuelle au registre du commerce au lieu de l'établissement. Sont libérés de cette obligation les membres des professions libérales et les agriculteurs lorsqu'ils n'exploitent pas une entreprise en la forme commerciale.

Éléments constitutifs d'une entreprise en la forme commerciale

Art. 2 lit. b ORC

[On entend par] entreprise : une activité économique indépendante exercée en vue d'un revenu régulier.

1) Activité indépendante (c'est-à-dire ≠ travailleur)

Assumer le risque économique :

- investissements pour l'activité
- frais généraux
- locaux commerciaux
- personnel
- clientèle
- risque lié à l'encaissement

Organisation libre du travail :

- manière de travailler
- horaires
- droit de confier mandats à des tiers

Les critères ne sont pas une checklist, mais l'entité des critères doit être appréciée dans un cas d'espèce.

Exemple: ATF 91 I 139 (agent d'assurances indépendant)

- L'agent d'assurance avait un pouvoir de conclusion de contrat très limité. Néanmoins, le TF le voyait comme personne indépendante.

2) Activité économique (exercée en vue d'obtenir un revenu)

La notion d'entreprise assujettie à l'inscription au registre du commerce n'implique pas que l'activité en question vise un bénéfice ; il suffit que le but soit d'obtenir des paiements ou d'autres prestations de la part de tiers.

Exemple: SJ 1994 739 (promoteur insolvable)

Promoteur a fait faillite. Afin d'éteindre ses dettes, il ne faisait que remettre le produit des ventes de ses actifs à ses créanciers. Le TF dit que cela est bien une activité économique.

On distingue une entreprise commerciale d'une entreprise non commerciale en fonction de l'importance de l'activité, c'est-à-dire moyennant le chiffre d'affaires :

Art. 36 al. 1 ORC – Inscription obligatoire et inscription volontaire

1. Toute personne physique qui exploite une entreprise en la forme commerciale et qui obtient, sur une période d'une année, une recette brute de 100 000 francs au moins (chiffre d'affaires annuel) doit requérir l'inscription de son entreprise individuelle au registre du commerce. Si une même personne exploite plusieurs entreprises individuelles, les chiffres d'affaires de ces entreprises sont additionnés lorsqu'il s'agit de déterminer l'obligation de s'inscrire.

La professeure défend, avec une partie de la doctrine, la vision qu'on devrait utiliser le même critère pour distinguer les SNC et SC commerciales / non commerciales.

3) Régularité du revenu

A distinguer de l'affaire ou du mandat ponctuel

ATF 84 I 187 (Plomb):

- La **durée** n'est pas un élément indépendant. Si la notion de l'entreprise suppose une certaine durée, c'est seulement parce que celle-ci est impliquée par la répétition des actes de commerce et l'exigence d'une organisation.
- La durée n'était pas un élément constitutif, ce qui est important est plutôt la multitude des échanges économiques.

- Plomb, qui exploitait un cirque, était obligé de s'inscrire au RC, même s'il restait en Suisse que pour trois mois, puisqu'il vendait des billets chaque soir.

Attention :

Traditionnellement les professions libérales et les entreprises agricoles étaient exclues de l'obligation de s'inscrire. La raison pour les professions libérales était qu'on choisit p. ex. son avocat à cause de sa personne et non pas à cause de ses finances. Quant aux entreprises agricoles, on parlait de l'idée que les paysans pratiquent avant tout l'autosuffisance.

La jurisprudence récente va dans le sens d'une obligation d'inscription même dans ces cas (cf. toutefois CO 931 non encore en vigueur : « Sont libérés de cette obligation les membres des professions libérales et les agriculteurs lorsqu'ils n'exploitent pas une entreprise en la forme commerciale. »)

Exemple: ATF 135 III 304/JT 2010 I 132 (maraîcher)

- se poser la question de savoir si en fonction de leur nature et de leur envergure, ces entreprises requièrent une exploitation commerciale et une comptabilité régulière:
- indices à prendre en compte
 - o relations commerciales avec un grand cercle de livreurs et/ou de clients
 - o sollicitation et octroi de crédits dans une mesure importante
 - o engagement de personnel (« patron » exerce plus de fonctions managériales que l'activité en tant que telle)

2.2. Les formes juridiques à inscrire en raison de l'exploitation d'une entreprise commerciale

Raisons individuelles:

pas d'autre base légale que CO 934 I (futur CO 931 I)

Art. 552 CO – SNC (commerciale)

1. La société en nom collectif est celle que contractent deux ou plusieurs personnes physiques, sous une raison sociale et sans restreindre leur responsabilité envers les créanciers de la société, pour faire le commerce, exploiter une fabrique ou exercer en la forme commerciale quelque autre industrie.

2 Les membres de la société sont tenus de la faire inscrire sur le registre du commerce.

Art. 594 CO – SC (commerciale)

1. La société en commandite est celle que contractent deux ou plusieurs personnes, sous une raison sociale, pour faire le commerce, exploiter une fabrique ou exercer en la forme commerciale une autre industrie quelconque, lorsque l'un au moins des associés est indéfiniment responsable et qu'un ou plusieurs autres, appelés commanditaires, ne sont tenus qu'à concurrence d'un apport déterminé, dénommé commandite.

2 Les associés indéfiniment responsables ne peuvent être que des personnes physiques; le commanditaires, en revanche, peuvent être aussi des personnes morales et des sociétés commerciales.

3 Les membres de la société sont tenus de la faire inscrire sur le registre du commerce.

Association exploitant une entreprise commerciale (CC 61 II)

3. Inscription facultative

sociétés sans personnalité	sociétés avec quasi-personnalité	sociétés avec personnalité morale
n/a	n/a	association (60ss CC)
société simple (530ss CO)	société en nom collectif (552ss CO) société en commandite (594ss CO)	société anonyme (620ss CO) société en commandite par actions (704ss CO) société à responsabilité limitée (772ss CO) société coopérative (828ss CO)

NB:
vaut aussi pour personne physique qui n'exploite pas une entreprise individuelle (principal cas: CHA < CHF 100'000.-)

2.10.19




... et déclarative

Les entités dont l'inscription est facultative et déclarative s'inscrivent parfois quand même, afin de bénéficier d'une protection de leur raison sociale.

Entreprises individuelles

Les entreprises individuelles **qui n'ont pas** un chiffre d'affaires de CHF 100'000 :

Art. 934 al. 2 CO

2. Celui qui, sous une raison de commerce, exploite une industrie sans être astreint à l'inscription est néanmoins autorisé à requérir celle-ci au registre du commerce du lieu de son principal établissement.

(cf. aussi art. 931 al. 2 CO non encore en vigueur : « Les entreprises individuelles [...] qui ne sont pas soumises à l'obligation de s'inscrire peuvent requérir leur inscription au registre du commerce. »)

Associations n'exploitant pas d'entreprise commerciale

L'association est une entité juridique au sens de l'ORC (art. 2 lit. a ch. 8 ORC). Le RC sert à l'identification des entités juridiques (art. 1 ORC). Donc, on peut inscrire une association. Ceci découle aussi de l'art. 61 al. 1 (et al. 2 ch. 1 *a contrario*) CC.

Art. 61 al. 1 et 2 CC

1. L'association dont les statuts ont été adoptés et qui a constitué sa direction peut se faire inscrire au registre du commerce.

2. Est tenue de s'inscrire toute association:

1. qui, pour atteindre son but, exerce une industrie en la forme commerciale (**inscription obligatoire**);
2. qui est soumise à l'obligation de faire réviser ses comptes.

L'inscription facultative et déclarative d'une association n'exploitant pas une entreprise commerciale peut faciliter l'identification de l'association et elle peut bénéficier de la protection de sa raison.

Instituts de droit public

Cf. art. 2 lit. d LFus et art. 2 lit. a ch. 13 ORC)

Les instituts de droit public peuvent éventuellement bénéficier du régime de la LFus si elles

sont inscrites.

... et constitutive

SNC non commerciale

Art. 553 CO - Sociétés n'exerçant pas une activité commerciale

Si la société n'exploite pas une industrie en la forme commerciale, elle n'existe comme société en nom collectif que du moment où elle se fait inscrire sur le registre du commerce.

L'inscription est constitutive dans le sens que sans inscription, il s'agit d'une société simple. L'inscription engendre donc la soumission au régime des SNC, au lieu du régime des ss (et autres effets).

SC non commerciale

Art. 595 CO - Sociétés n'exerçant pas une activité commerciale

Si la société n'exploite pas une industrie en la forme commerciale, elle n'existe comme société en commandite que si elle se fait inscrire sur le registre du commerce.

L'inscription est constitutive dans le sens que sans inscription, il s'agit d'une société simple. L'inscription engendre donc la soumission au régime des SC, au lieu du régime des ss (et autres effets).

4. Inscription exclue

Société simple (ATF 79 I 181)

Donc, si la société simple exploite une entreprise, le TF prône l'inscription des membres sous raison individuelle

III. Contenu des inscriptions (« qu'est-ce qui est inscrit »)

1. Identification de l'entité inscrite

	http://rc.ge.ch Extrait sans radiations	EXTRAIT INTERNET
		No réf. 1111/2013 N° féd. CH-000.0.000.000-4 IDE CHE-200.300.400
	A SA inscrite le 14 novembre 2013 Société anonyme	
Réf.	Raison Sociale	
1	A SA	
	Siège	
1	Aire-la-Ville	
	Adresse	
1	chemin des Amandoliers 1288 Aire-la-Ville	
	Dates des Statuts	
1	12.11.2013	
	But, Observations	
1	But: réalisation de toutes constructions dans les domaines du bâtiment et du génie civil (cf. statuts pour but complet).	

Report du	Nature juridique	Date d'inscription	Date de radiation	Numéro fédéral	Numéro de dossier
08 janvier 2007	Société anonyme	09 octobre 1967		CH-000-0000000-0	0000/1967

Réf.	Raison Sociale	Réf.	Siège
1	XXX SA, en liquidation	1	Genève

Réf.	Adresse	Réf.	Dates des Statuts
2	rue des Bains	1	04.10.1967

Capital-actions			
Réf.	Nominal	Libéré	Actions
1	CHF 50'000	CHF 50'000	50 actions de CHF 1'000, au porteur

Réf.	But, Observations
1	<u>But:</u> achat, construction, location, transformation et mise en valeur d'immeubles, appartements et locaux divers. La société n'exercera aucune activité en Suisse.
1	La société est dissoute.
1	Sa liquidation étant terminée, la société est radiée.
2	La société étant encore inscrite à XXX comme propriétaire d'un bien immobilier, elle est réinscrite comme société dissoute et en liquidation.

2. Information sur la responsabilité

3 systèmes de base :

- responsabilité des seuls associés
- responsabilité de la société et des associés (à titre subsidiaire)
- responsabilité de la seule société

En plus, des aménagements statutaires ou contractuels sont possibles

- obligation des associés de fournir des moyens supplémentaires à la société (versements supplémentaires) limités ou illimités
- responsabilité subsidiaire limitée ou illimitée des associés (là où elle n'est pas prévue par la loi)

	SS	SNC	SC	SA	SCPA	SARL	COOP
Responsabilité de l'entité	non	oui	oui	oui	oui	oui	oui
Versements supplémentaires limités	possible l.c.	possible l.c.	possible l.c.	non	non	possible CO 795	possible CO 871
Versements supplémentaires illimités	possible l.c.	possible l.c.	possible l.c.	non	non	non	possible CO 871
Responsabilité limitée des associés	non	non	comman- ditaire	non	non	non	possible CO 870
Responsabilité illimitée des associés	oui, principal	oui, subsid.	AIR, subsid.	non	AIR, subsid.	non	possible CO 869 subsid.

NB: AIR = associé indéfiniment responsable
l.c. = liberté contractuelle

Prétention des créanciers

	Société simple	SNC	SC	SA	SCPA	SARL	Coop
c/ société	pas d'action	CO 570 I	CO 570 I par renvoi	CO 620	CO 764 II + 620	CO 772	CO 868
c/ associés	CO 544 III	CO 568 III faillite de l'associé; dissolut* sté ou poursuites infructueuses c/ sté	AIR: CO 568 III comm.: CO 610 (paiement à la masse du solde non libéré)	pas d'action	AIR: CO 764 I + 568 III	<i>si versements sup:</i> [a* sté c/ associés (CO 795a)]	<i>si versements sup:</i> a* sté ou masse en faillite c/ associés (CO 871) <i>si responsabilité:</i> a* masse (CO 869 ou CO 870) ou créanciers après clôture faillite (CO 878 I)

3. Information sur la représentation



Membres et personnes ayant qualité pour signer		
Nom et Prénoms, Origine, Domicile	Fonctions	Mode de Signature
AAA, de Veyrier, à Veyrier	adm.	sans signature
BBB, de Pregny-Chambésy, à Veyrier	adm.	sans signature
CCC, de Genève, à Veyrier	adm.	sans signature
DDD, de Carouge, à Carouge	membre* président	signature collective à 2
EEE, d'Italie, à Veyrier	membre* vice-président	signature collective à 2
FFF, d'Oberhelfenschwil, à Troinex	membre* secrétaire	signature collective à 2
GGG, de Rassin, à Veyrier	membre*	signature collective à 2
HHH, de Vernier, à Veyrier	membre*	sans signature
III, de Veyrier, à Veyrier	membre*	sans signature
JJJ, de Genève, à Carouge	membre*	sans signature
PricewaterhouseCoopers SA (CH.660-1784998-4), succursale à Genève	organe de révision	
KKK, de Cully, à Tannay	directeur	signature collective à 2
LLL, de Genève, à Bonne, F	directeur adjoint	signature collective à 2
MMM, de Collex-Bouisy, à Versoix	directeur adjoint	signature collective à 2
NNN, de Bulet, à Denens	sous-directeur	signature collective à 2
OOO, de Genève, à Genève		procuration collective à 2
PPP, de Châtel-St-Denis, à Pajlinge		procuration collective à 2
QQQ, de Vernier, à Avisy		procuration collective à 2
RRR, d'Ormont-Dessous, à Genthod		procuration collective à 2
SSS, de Sonvilier, à Gollion		procuration collective à 2
TTT, de Pregny-Chambésy, à Veyrier		procuration collective à 2
UUU, de Veyrier, à Veyrier		procuration collective à 2
VVV, de Mosnang, à Aubonne		procuration collective à 2
WWW, de Mies, à Veyrier		procuration collective à 2
XXX, de Genève, à Founes		procuration collective à 2
YYY, de Chêne-Bougeries, à Veyrier		procuration collective à 2

* conseil d'administration / * avec un administrateur

Parenthèse : Représentation commerciale et représentation de la société simple

Statut juridique des personnes ayant qualité pour représenter la société

Associés ou organes (art. 55 CC): (= « parties » de la société)

- associé (société simple)
- associés indéfiniment responsables (pour les SNC et les SC)
 - o CO 563, CO 603
- gérants (pour les SARL)
 - o CO 814
- administrateurs (pour les SA, SCPA, Coop)
 - o CO 718, CO 765, CO 898

Autres représentants commerciaux (art. 458 ss CO):

- Fondés de procuration (NB. Fondé de procuration + organe ATF 121 III 176)
- Mandataires commerciaux (pas d'inscription au RC)

Représentant civil

Etendue des pouvoirs (lié au statut du représentant)

Associés de société simple

Présomption de pouvoir de représenter dans la mesure où pouvoir d'administrer, i.e. gestion courante de la société: CO 543 III à 535 I et II)

Associés, gérants, administrateurs

À l'égard des tiers de bonne foi : tous les actes que peut impliquer le but de l'entreprise, i.e. tous les actes qui ne sont pas exclus par le but de l'entreprise.

(CO 564, CO 603 + 564, CO 718a I, CO 764 II + 718a I, CO 814 IV + 718a I, CO 899 I)

Fondés de procuration

À l'égard des tiers de bonne foi: tous les actes que peut impliquer le but de l'entreprise, i.e. tous les actes qui ne sont pas exclus par le but de l'entreprise ; aliéner et grever des immeubles seulement avec pouvoirs exprès (CO 459)

Mandataires commerciaux

À l'égard des tiers de bonne foi: tous les actes que comporte habituellement l'entreprise ou les opérations qui lui ont été confiées (CO 462); engagements de change, emprunts ou plaider seulement avec pouvoirs exprès

Représentant civil

cf. procuration

1/ Restrictions pouvant être inscrites au registre du commerce

signature collective

(signature limitée aux affaires de la succursale)

2/ Autres restrictions

Inopposables aux tiers de bonne foi

Attention : notion de bonne foi dépend de savoir si dépassement ou abus de pouvoirs

Dépassement de pouvoirs

Si représentant agit pour le compte du représenté et dépasse les pouvoirs, le représenté est lié à moins que le tiers ait connu le dépassement ou ait dû éprouver des doutes sérieux à ce sujet (mauvaise foi qualifiée)

Abus de pouvoirs

Si représentant agit pour son propre compte et abuse de ses pouvoirs :

- « les exigences quant à l'attention requise du tiers s'en trouvent [...] augmentées; une négligence même légère peut déjà faire admettre la mauvaise foi, en particulier lorsque le tiers conclut l'affaire en ne prêtant pas attention à des indices objectifs d'abus, laissant entrevoir que le représentant agit contre les intérêts du représenté. » (ATF 119 II 23, consid. 3.c.aa).

IV. Effets des inscriptions (« quelles conséquences ? »)

1. Protection de la raison de commerce

Art. 956 CO - Protection des raisons de commerce

1. Dès que la raison de commerce d'un particulier, d'une société commerciale ou d'une société coopérative a été inscrite sur le registre et publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce, l'ayant droit en a l'usage exclusif.

2. Celui qui subit un préjudice du fait de l'usage indu d'une raison de commerce peut demander au juge d'y mettre fin et, s'il y a faute, réclamer des dommages-intérêts.

2. Soumission à la poursuite par voie de faillite

Art. 39 LP

1. La poursuite se continue par voie de faillite, soit comme «poursuite ordinaire par voie de faillite» (art. 159 à 176), soit comme «poursuite pour effets de change» (art. 177 à 189), lorsque le débiteur est inscrit au registre du commerce en l'une des qualités suivantes:

1. chef d'une raison individuelle (art. 934 et 935 CO1);
 2. associé dans une société en nom collectif (art. 554 CO);
 3. associé indéfiniment responsable dans une société en commandite (art. 596 CO);
 4. membre de l'administration d'une société en commandite par actions (art. 765 CO);
 5. ...
 6. société en nom collectif (art. 552 CO);
 7. société en commandite (art. 594 CO);
 8. société anonyme ou en commandite par actions (art. 620 et 764 CO);
 9. société à responsabilité limitée (art. 772 CO);
 10. société coopérative (art. 828 CO);
 11. association (art. 60 CC2);
 12. fondation (art. 80 CC).
- [...]

3. Effets de publicité

Effet de publicité positif

Art. 933 I CO – 936b I nCO

Ce qui est inscrit est connu : « dès lors qu'un fait a été inscrit au registre du commerce, nul ne peut se prévaloir de ne pas en avoir eu connaissance ».

Effet de publicité négatif

Art. 933 II CO – 936b nCO):

Ce qui aurait dû être inscrit et ne l'est pas ne peut être opposé à un tiers (sauf s'il en a une connaissance certaine) : « lorsqu'un fait dont l'inscription est requise n'a pas été enregistré, il ne peut être opposé à un tiers que s'il est établi que celui-ci en a eu connaissance ».

Effet de foi publique ?

Art. 936 II nCO

Un tiers est-il en droit de se fier à une fausse inscription ?

« Quiconque s'est fondé de bonne foi sur un fait erroné inscrit au registre du commerce est protégé dans sa bonne foi lorsqu'aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose »

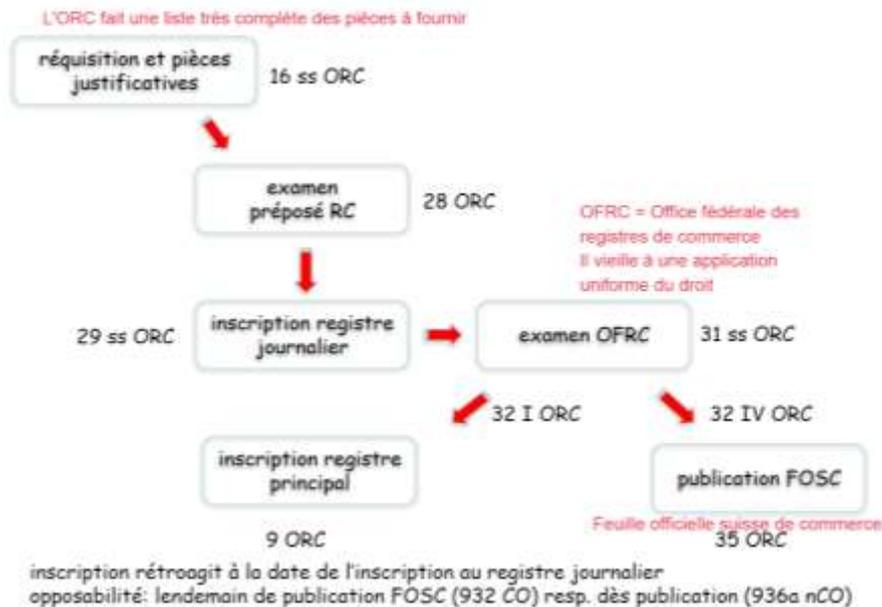
Effet guérisseur limité

L'inscription d'une personne morale, alors même que les conditions ne sont pas réalisées, n'empêche pas l'acquisition de la personnalité morale

Autre effet

LFus 69 : possibilité d'utiliser le transfert de patrimoine

V. Procédure d'inscription



Pouvoir de cognition du RC (art. 940 CO – 937 nCO)

1/ libre pouvoir de cognition pour les exigences formelles de registre

2/ pouvoir restreint pour le droit matériel

- À la base des sociétés il y a des rapports de droit privé. L'autorité n'est donc pas compétente (c'est le juge). Ainsi, l'autorité a un pouvoir de cognition restreint en matière du droit matériel (notamment le contenu de l'inscription, par exemple une clause controversée dans les statuts).
- L'autorité peut refuser l'inscription si la protection de l'intérêt public ou l'intérêt de tiers l'exigent. En revanche, l'autorité doit inscrire une entité si uniquement des intérêts des associés sont en cause. L'autorité n'intervient seulement s'il y a une violation manifeste et sans ambiguïté du droit.

Exception si questions fondamentales du droit des sociétés

ATF 125 III 18

- transformation forme juridique – avant LFus

4A.4/2006 du 20 avril 2006 consid. 2.2/2.3, non publié in ATF 132 III 470

- (droit de fusionner selon procédure simplifiée)

4A_363/2013 du 28 avril 2014 consid. 2, non publié in ATF 140 III 206

- émission de bons de participation par société coopérative

Exemple : l'élection d'un administrateur était faite d'une manière qui était probablement irrégulière. C'est un problème des associés que le fonctionnaire du RC ne doit pas résoudre. Néanmoins, le TF a élargi la cognition aux questions fondamentales du droit des sociétés.

4. DROIT DES SOCIÉTÉS SIMPLES

I. Introduction

Particularité du contrat de société simple

La place du droit de la société simple dans le CO se trouve dans le chapitre « contrats ». Elle se distingue d'un contrat synallagmatique par le fait que les cocontractants (associés) poursuivent un but commun. De ce but commun découle aussi une obligation de fidélité entre les associés.

Il s'agit d'une société de personnes (comme la SNC et la SC). La société simple n'a pas la personnalité juridique à l'égard des tiers. Les tiers contractent donc directement avec les associés.

La société simple est la base de toutes les sociétés.

Large spectre d'application – exemples

C'est la société par défaut avec aussi un caractère subsidiaire. Il y a donc un large spectre d'application :

- Consortium de construction : Souvent avec un contrat qui remplit plusieurs classeurs et règle toutes les relations en détail.
- Organisation d'un événement
- Location en commun d'un appartement
- Concubinage

1. Éléments constitutifs

Art. 530 CO

1. La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun.

2. La société est une société simple, dans le sens du présent titre, lorsqu'elle n'offre pas les caractères distinctifs d'une des autres sociétés régies par la loi.

Conditions

- Contrat
- 2 personnes ou plus
- But commun
- Union d'efforts ou ressources
- Seulement si pas d'autre type de société (caractère subsidiaire al. 2)

Pas de raison sociale (mais nom possible)

Pas d'inscription au RC (pas possible)

Majeure

L'art 530 al. 1 CO prévoit que : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun. » À teneur de l'art. 1 al. 1 CO : « Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. » La manifestation de la volonté peut être expresse (orale ou écrite) ou tacite (par acte concluant) (art. 1 al. 2 CO). La volonté concordante doit d'ailleurs porter sur les points essentiels du contrat. En cas d'une société simple, cela inclut notamment le cercle des personnes liés, le but commun et

l'obligation d'apport.

Or, une société simple doit consister d'au moins deux personnes. Elle suppose aussi un but commun, qui peut être économique ou idéal, pour autant qu'il est dans les limites de l'art. 20 CO. Or, il doit y avoir un *animus societatis*, c'est-à-dire la volonté de collaborer pour atteindre le but commun. Finalement, les parties au contrat doivent s'engager d'unir leurs efforts. Cela implique que chaque associé doit fournir un apport (art. 531 al. 1 CO). La notion d'apport doit être comprise au sens large et peut être fourni en travail.

L'art. 530 al. 2 CO dispose que la société simple est subsidiaire aux autres formes sociales prévues par la loi.

1.1. Contrat

Forme

La loi ne prévoit aucune exigence de forme (art. 11 al. 1 CO). Le contrat peut donc être exprès (oral ou écrit) ou tacite (actes concluants).

Il y a cependant des exigences particulières pour certains apports (p.ex. un contrat prévoyant l'obligation de faire un apport en propriété d'un immeuble ou l'obligation d'un associé de reprendre un immeuble à la liquidation nécessite un acte authentique).

Éléments essentiels du contrat (voir la suite)

- Les parties doivent être d'accord sur le cercle des personnes liées, qui doit être de deux ou plusieurs personnes. Il faut un accord des volontés de tous les associés (p. ex. : ATF 4C.24/2000 : crédit hypothécaire octroyé à une « société simple », mais un des « associés » ne signe pas).
- But commun et volonté de s'obliger à le poursuivre en commun (*animus societatis*)
- Obligation d'apport = union d'efforts ou ressources
- Pas nécessaire de vouloir les conséquences de la conclusion du contrat (*i.e.* responsabilité solidaire, etc.)

1.2. Deux personnes ou plus

Il peut s'agir de toute sorte de personne, comme :

- Des personnes physiques
- De groupement de personnes
 - o avec quasi-personnalité (SNC ou SC)
 - o sans quasi-personnalité (autre société simple ou bien communauté des héritiers). Dans ce cas, chaque membre du groupement est lié individuellement.
- De personnes morales.

1.3. But commun

Dans les limites de l'art. 20 CO. Le but peut être idéal ou économique

Animus societatis

L'*animus societatis* est la volonté de poursuivre le but commun. C'est le critère qui distingue la société simple des contrats bilatéraux (rapport d'échange). Accord de collaboration (et non rapport d'échange).

Le TF regarde une série d'indices quant à ce critère. Les éléments ne sont pas des conditions nécessaires, mais doivent être appréciés d'une manière globale :

« Cette volonté résulte de l'ensemble des circonstances et non pas de la présence ou de l'absence de l'un ou l'autre élément » (ATF 99 II 303, 305 – prêt partiaire ou société simple)

Indices

Participation à la formation de la volonté (sur pied d'égalité)

Aucune partie ne doit recevoir des instructions de l'autre.

- ATF 127 III 519, 524 – relation entre architectes et ingénieurs dans un concours. Le TF a décidé que les ingénieurs ont reçu des instructions des architectes. Il n'y avait donc pas une société simple, mais un contrat synallagmatique, par lequel les ingénieurs ont fourni un service aux architectes.

Participation aux bénéfices et aux pertes

La participation aux pertes permet de distinguer le contrat de société simple d'un contrat de travail partiaire (notamment un contrat de travail partiaire, où l'employé participe aux bénéfices en tant que bonus). Des contrats de travail partiaire ne prévoient généralement pas une participation aux pertes.

Partage de la substance même de l'entreprise

1.4. Apports

Art. 531 al. 1 et 2 CO - Apports

1. Chaque associé doit faire un apport, qui peut consister en argent, en créances, en d'autres biens ou en industrie [**droit impératif**].
2. Sauf convention contraire, les apports doivent être égaux, et de la nature et importance qu'exige le but de la société.

D'après la doctrine majoritaire, l'alinéa 1 est du droit impératif. Cependant, la notion d'apport est très large. Il suffit par exemple de fournir du travail ou de consentir à contribuer aux pertes.

L'alinéa 2 est clairement du droit dispositif. C'est uniquement le régime par défaut, qui s'applique si le contrat n'y déroge pas.

Nature des apports :

Quoad dominium : biens remis à titre de propriété

Quoad usum : permettre à la société son utilisation

Quoad sortem : mettre à disposition de la société sa valeur économique

- Par exemple, un actionnaire peut mettre à disposition le droit de vote découlant de ses actions (société simple entre actionnaires)

Apport en industrie (i.e. en travail) : Seulement travail à titre gratuit. Si rémunération, ce n'est plus un apport.

Autres (ex. participer aux pertes...)

Il suffit de s'engager à fournir un apport. Le versement de l'apport n'est pas un élément constitutif de la société.

Si un associé ne s'exécute pas :

Il y a deux possibilités d'exiger d'un associé d'effectuer son apport :

1. Action de « la société » pour faire exiger les apports (décision unanime sans l'associé concerné)
2. *Actio pro socio* : Un des associés peut demander à un autre (qui ne s'est pas exécuté) de faire son apport. Donc un associé peut agir « au nom » de la société. L'art. 82 CO ne s'applique pas, sauf cas exceptionnel.

1.5. Subsidiarité

Délimitation par rapport à la SNC

Une SNC est commerciale lorsqu'elle exerce une entreprise en la forme commerciale.

L'inscription d'une SNC commerciale au RC est obligatoire, mais seulement déclarative. En revanche, l'inscription d'une SNC non commerciale est constitutive, mais facultative. Ainsi, sans inscription, il s'agit d'une société simple.

On est face à une SNC commerciale (et pas une société simple) si :

- Exploitation d'une entreprise
- Tous les membres sont des personnes physiques

On est face à une SNC non commerciale (et pas une société simple) si :

- Tous les membres sont des personnes physiques
- La société est inscrite au RC en tant que SNC

Délimitation par rapport à la SC

On est face à une SC commerciale (et pas une société simple) si :

- Exploitation d'une entreprise
- Il a un ou plusieurs personnes physiques qui sont indéfiniment responsables (associé indéfiniment responsable, AIR). Ainsi, dès lors qu'il y a une personne morale indéfiniment responsable, il ne peut s'agir d'une SC.
- Il y a des associés commanditaires, c'est-à-dire avec une responsabilité limitée à l'égard des tiers. Les commanditaires peuvent être des personnes morales.

On est face à une SC non commerciale (et pas une société simple) si :

- Inscription au RC en tant que SC
- Il a un ou plusieurs personnes physiques qui sont indéfiniment responsables (associé indéfiniment responsable, AIR). Ainsi, dès lors qu'il y a une personne morale indéfiniment responsable, il ne peut s'agir d'une SC.
- Il y a des associés commanditaires, c'est-à-dire avec une responsabilité limitée à l'égard des tiers. Les commanditaires peuvent être des personnes morales.

Délimitation par rapport à la SA, SCSA, SARL et la Coop

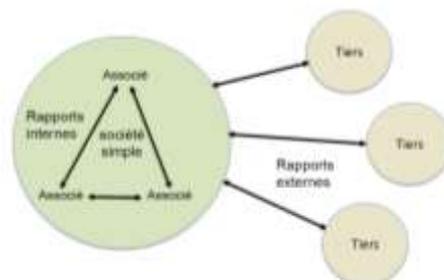
Inscription au RC : Avant leur inscription au RC, ces sociétés sont des sociétés simples (à moins de réaliser les conditions d'une SNC)

Délimitation par rapport à l'association

Existence de statuts dont résulte la volonté de « s'organiser corporativement », c'est-à-dire de constituer une personne morale.

II. Rapports internes

Délimitation des rapports internes et rapports externes



1. Formation de la volonté

Art. 534 CO - Décisions de la société

1. Les décisions de la société sont prises du consentement de tous les associés.
2. Lorsque le contrat remet ces décisions à la majorité, celle-ci se compte par tête.

Types de décisions :

Décisions prises à l'unanimité	Décisions prises par chaque associé seul Art. 535 al. 1 et 2 CO
Modifications du contrat (art. 534 CO) Y compris : <ul style="list-style-type: none"> - modification du régime de l'art. 535 al. 1 CO - Admission de nouveaux associés (art. 542 CO) - Dissolution de la société par volonté unanime (art. 545 al. 1 ch. 4 CO) - Liquidation de la société (art. 550 CO) 	Décisions de gestion courante Art. 535 al. 1 et 2 CO 1. Tous les associés ont le droit d'administrer, à moins que le contrat ou une décision de la société ne l'ait conféré exclusivement soit à un ou plusieurs d'entre eux, soit à des tiers. 2. Lorsque le droit d'administrer appartient à tous les associés ou à plusieurs d'entre eux, chacun d'eux peut agir sans le concours des autres; chacun des autres associés gérants peut néanmoins s'opposer à l'opération avant qu'elle soit consommée.
Décisions (de gestion) importantes (art. 535 al. 3 CO) <ul style="list-style-type: none"> - Y compris nomination d'un mandataire général 	

Tout est du droit dispositif et peut donc être modifié.

1.1. Délimitation entre décisions courantes/importantes

Comment fait-on la délimitation entre les décisions importantes et les décisions courantes à l'intérieur du but social ?

Délimitation

Volonté des associés

Examiner chaque opération individuellement selon la nature et l'importance de l'acte juridique

- Type et importance de la société
- Contenu de la décision (but, conséquences financières, risques)
- Pouvoir d'appréciation pour la décision
- Caractère plus ou moins exceptionnel de la décision

1.2. Décisions sociales (modifications du contrat + décisions importantes)

Compétence (CO 534)

- Tous les associés (assemblée des associés)
- Décision à l'unanimité

Limites

- Décisions en cas de conflit d'intérêts qualifié (exclusion, procès, etc.)
 - o (cf. devoir de fidélité)
- Associé adoptant un comportement contraire au contrat de société ou refusant son consentement de manière abusive

Dérogations possibles

- Extension/réduction du cercle des décisions importantes
- Majorité plutôt qu'unanimité
- Calcul de la majorité (par tête, en fonction des parts, durée au sein du sociétariat, etc.)

1.3. Gestion courante

Régime légal

Chaque associé a la compétence de prendre des décisions de gestion courante ; droit acquis (CO 535 I/II + 539 I)

+ Droit de veto (CO 535 II) => avant que l'opération soit consommée

Liberté contractuelle

On peut prévoir que seulement certains associés ont la compétence de prendre des décisions de gestion courante. On peut donner le pouvoir de gestion à un tiers. Des autres régimes envisageables sont la gestion collective ou commune, gestion par secteurs, etc.

En principe : droit de veto dans la mesure où pouvoir de gestion (mais dispositif)

Révocation du pouvoir de gestion

Comment révoquer le pouvoir d'un associé de prendre des décisions de gestion courante ?

D'un associé gérant

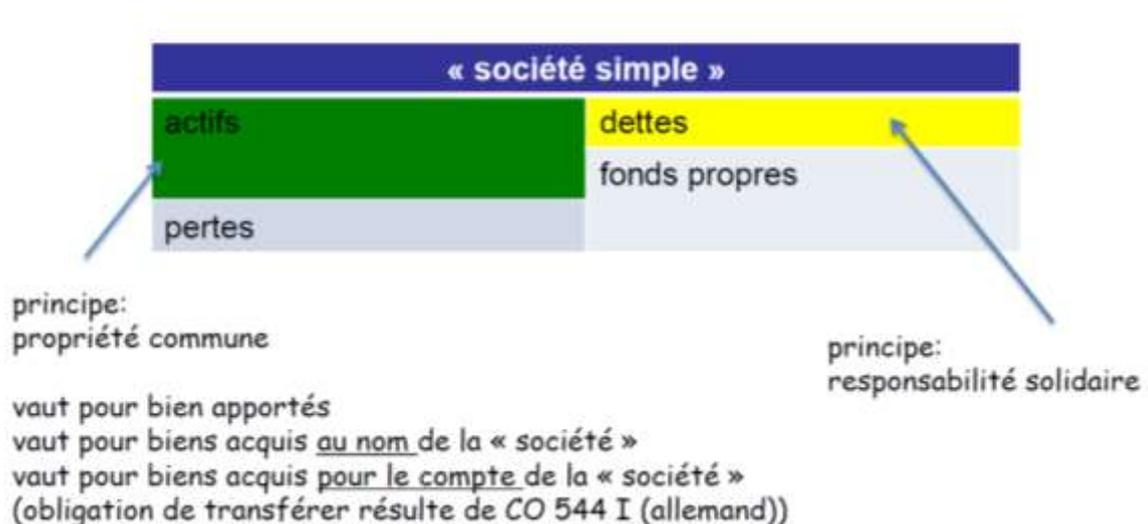
- par chaque associé pour de justes motifs (CO 539 II, III)
 - o CO 539 II est de caractère impératif
- On peut aussi faire une « révocation » par changement de régime de compétences par voie de décision sociale.

D'un gérant tiers

- si compétences limitées, décision de gestion ordinaire
- si le gérant a des compétences plus étendues, on peut les révoquer par décision sociale, ou chaque associé peut agir en révocation pour de justes motifs.

2. Relations « financières »

2.1. Acquisition de droits et obligations (CO 544)



Les actifs de la société simple sont la propriété commune des associés. Les fonds propres consistent des apports.

2.2. Bénéfice qui, par sa nature, revient à la société (art. 532 CO)

L'associé qui a lui-même réalise un bénéfice qui revient à la société doit le verser aux actifs de la société

Art. 532 CO

Les associés sont tenus de partager entre eux tout gain qui, par sa nature, doit revenir à la

société.

2.3. Activités pour le compte de la société (art. 537 CO)

Art. 537 CO

1. Si l'un des associés a fait des dépenses ou assumé des obligations pour les affaires de la société, les autres associés en sont tenus envers lui; ils répondent également des pertes qu'il a subies et qui sont la conséquence directe de sa gestion ou des risques inséparables de celle-ci.

L'art. 537 CO s'applique **uniquement** aux rapports internes.

Conditions

Opérations conformes au but de la société

- Dépenses et pertes générées par l'associé

Cercle restreint de prétendants

- Limité aux associés
- **L'associé non gérant** ne peut invoquer CO 537 que si :
 1. Acte absolument nécessaire
 2. Imposé par l'urgence
- Le gérant non associé (CO 535 I *in fine*) est détenteur d'une créance sur la base du contrat le liant à la société, soit le contrat de travail (CO 327a) ou mandat (CO 402). Il ne peut pas invoquer l'art. 537 CO.

Conséquence : Prétention contre les associés

Sur le plan interne, pas de responsabilité solidaire entre les associés.

La prétention pour pertes est réduite ou exclue en cas de responsabilité partielle ou totale de l'associé (CO 44 I).

Rémunération supplémentaire de l'associé gérant ?

Principe : pas de rémunération pour le travail personnel (CO 537 III)

Mais on peut prévoir une indemnisation. Dans ce cas les art. CO 537 III *cum* 538 III CO s'appliquent.

2.4. Responsabilité interne (art. 538 CO)

Art. 538 CO - *Diligence requisite*

1. Chaque associé doit apporter aux affaires de la société la diligence et les soins qu'il consacre habituellement à ses propres affaires.
2. Il est tenu envers les autres associés du dommage qu'il leur a causé par sa faute, sans pouvoir compenser avec ce dommage les profits qu'il a procurés à la société dans d'autres affaires.
3. L'associé gérant qui est rémunéré pour sa gestion a la même responsabilité qu'un mandataire.

A. Conditions (art. 538 al. 2 CO)

Il s'agit d'une responsabilité contractuelle ordinaire, donc d'une *lex specialis* à l'art. 97 CO. Les conditions sont un acte de gestion de l'associé, un dommage, un lien de causalité naturelle et adéquate entre l'acte et le dommage et une faute.

B. Niveau de diligence (condition de faute)

L'associé non rémunéré (art. 538 al. 1 CO) : Sa diligence est interprétée à l'aune de celle qu'il porte pour ses propres affaires (*diligentia quam in suis*).

L'associé rémunéré (CO 538 III) : Responsabilité analogue au mandataire (CO 398 I)

C. Majeure

L'art. 538 al. 2 CO prévoit que : « [L'associé] est tenu envers les autres associés du dommage qu'il leur a causé par sa faute, sans pouvoir compenser avec ce dommage les profits qu'il a procurés à la société dans d'autres affaires ». L'associés est donc responsable si un acte d'administration amène un dommage à la société. Il doit y avoir un lien causal naturel et adéquat entre l'acte de gestion et le dommage. Or, il faut que l'associé ait agi de manière fautive.

Un associé non rémunéré démontre un manque de diligence, c'est-à-dire agit de manière fautive, lorsqu'il n'a pas apporté aux affaires de la société « la diligence et les soins qu'il consacre habituellement à es propres affaires » (art. 538 al. 1 CO, *diligentia quam in suis*).

La diligence requise d'un associé rémunéré est analogue à celle requise d'un mandataire (art. 538 al. 3 CO. La faute de l'associé rémunéré s'apprécie donc d'après la diligence qu'on requiert d'un travailleur (art. 312e CO, par renvoi de l'art. 398 al. 1 CO).

D. Action en responsabilité

Seuls **les associés** peuvent invoquer l'art. 538 CO, à l'exclusion des créanciers de la société.

La responsabilité de l'associé qui a causé un dommage est une créance sociale. Chaque associé peut faire valoir la créance, moyennant une *actio pro socio* (admise dans la doctrine). La prétention doit être versé, le cas échéant dans la caisse sociale.

Un associé actionné ne peut pas opposer les profits procurés à la société (CO 538 II *in fine*)

L'associé actionné peut faire valoir la faute concomitante des autres associés pour réduire/supprimer l'indemnité due (CO 44 I)

2.5. Partage des bénéfices et pertes (CO 533, 549)

1. Prévues par le contrat → sinon à parts égales (régime par défaut, art. 533 al. 1 CO)

2. S'il y a une clé de répartition qui est prévue uniquement pour les bénéfices, elle vaut aussi pour les pertes (si rien n'a été prévu pour les pertes). Il en va de même inversement, si seulement une clé de répartition pour les pertes a été prévue.

La réglementation vaut pendant la vie de la société et à la liquidation

CO 533 III : Possibilité de dispenser de contribuer aux pertes. Selon la loi c'est pour les associés qui ont fait un apport en industrie (travail sans contrepartie). Selon la doctrine majoritaire, on peut l'appliquer aux autres apports. Le critère c'est que la personne n'ait pas reçu une contrepartie pour son apport.

3. Autres rapport internes

Contrôle : droit aux renseignements (CO 541, droit impératif)

- Tout associé a le droit de consulter l'ensemble des informations par rapport aux affaires de la société. (Fait du sens, car les associés ont une responsabilité personnelle illimitée en principe).

Devoir de fidélité (CO 536, 538)

- Ne pas nuire aux intérêts à la société. C'est une norme impérative (doctrine divisée si dans cette norme propre ou par renvoi de l'*animus societatis* qui impose le devoir)

III. Rapports externes

1. Représentation

Art. 543 CO - Représentation

1. L'associé qui traite avec un tiers pour le compte de la société, mais en son nom personnel, devient seul créancier ou débiteur de ce tiers.

2. Lorsqu'un associé traite avec un tiers au nom de la société ou de tous les associés, les autres associés ne deviennent créanciers ou débiteurs de ce tiers qu'en conformité des règles relatives à la représentation.

3. Un associé est présumé avoir le droit de représenter la société ou tous les associés envers les tiers, dès qu'il est chargé d'administrer.

1.1. Représentation indirecte (art. 543 al. 1 CO)



C'est le cas quand un des associés traite en son propre nom (mais pour le compte de la société) avec un tiers. En première étape, le représentant est lié personnellement. Dans une première étape, il faudra faire une cession et/ou une reprise de dette :

Cession de créance (CO 164 ss)

Exigence de la forme écrite (CO 165 I)

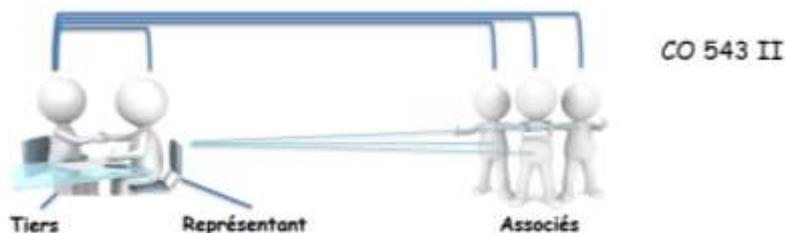
Exception si la relation juridique entre les associés et le représentant relève du contrat de mandat (CO 540 I) – cession légale en application de CO 401 I

Reprise de dette (CO 175 ss)

Pas d'exigence de forme (CO 175 I) sauf si tient à la nature de la prestation (ex: transfert d'un immeuble)

Pas de reprise de dette légale, le consentement des trois parties est nécessaire.

1.2. Représentation directe (art. 543 al. 2 et 3 CO)



Le représentant traite au nom et pour le compte des associés.

Renvoi aux art. 32ss CO

Exception au régime ordinaire : présomption d'octroi de pouvoirs à l'associé gérant (CO 543 III)

Rappel : l'associé représentant, en plus de représenter les autres associés, contracte pour lui-même aussi.

Présomption de l'art 543 al. 3 CO

Présomption que ce qui vaut dans les rapports internes vaut aussi pour les rapports externes. Il s'ensuit que l'associé chargé d'administrer est présumé d'avoir les pouvoirs de représentation à l'externe.

Présomption irréfragable à l'égard des tiers de bonne foi. C'est-à-dire que les associés sont liés envers le tiers de bonne foi, même si l'associé représentant a outrepassé ses pouvoirs.

Majeure représentation directe

Pouvoir de représentation

L'art. 543 al. 3 CO prévoit que : « Un associé est présumé avoir le droit de représenter la société ou tous les associés envers les tiers, dès qu'il est chargé d'administrer ». Cet article pose donc la présomption que ce qui vaut dans les rapports internes vaut aussi dans les rapports externes. Cette présomption est irréfragable envers un tiers de bonne foi. L'art. 535 al. 1 prévoit que, sauf disposition ou décision sociale contraire, chaque associé peut administrer les affaires de la société, c'est-à-dire prendre les décisions de gestion courante.

Étendue du pouvoir de représentation

L'art. 543 al. 2 CO renvoie à la représentation civile, lorsqu'un associé traité avec un tiers au nom et pour le compte de l'associé. L'art. 32 al. 1 CO prévoit que les droits et obligations dérivant d'un contrat conclu par un représentant autorisé passent au représenté. Quant à l'étendue du pouvoir, l'art. 543 al. 3 CO prévoit la présomption (irréfragable à l'égard d'un tiers de bonne foi), que ce qui vaut dans les rapports internes s'applique aussi dans les rapports externes.

1.3. Représentation sans pouvoirs & révocation

A. Représentation sans pouvoirs

Les associés ne sont pas engagés par l'acte. Cependant, l'associé qui a conclu le contrat est lié individuellement. Le tiers peut directement exiger l'exécution auprès du cocontractant (pas seulement dommages-intérêts au sens de CO 39)

En cas de protection des tiers de bonne foi (CO 33 III *cum* CO 34 III ou CO 543 III) :

- ⇒ Possibilité pour les associés de se retourner contre le faux représentant (CO 538 II)

B. Révocation des pouvoirs de représentation

CO 34 I par analogie : « le représenté a en tout temps le droit de restreindre ou de révoquer les pouvoirs ».

Quid de CO 539 II par analogie et de CO 565 par analogie ? Possibilité de révoquer unilatéralement pour justes motifs ?

- Possible de révoquer les pouvoirs pour justes motifs.

2. Actes illicites

Quid si un des associés commets un acte illicite ?

Principe : pas de représentation pour les actes illicites

Exceptions :

- Responsabilité collective aux conditions de CO 50
- Responsabilité causale du propriétaire d'ouvrage au sens de CO 58

3. Responsabilité pour les dettes

La société n'a pas d'existence propre à l'égard des tiers, ainsi :

3.1. Dettes de la société

Art. 544 al. 3 CO

3. Les associés sont solidairement responsables des engagements qu'ils ont assumés envers les tiers, en agissant conjointement ou par l'entremise d'un représentant; toutes conventions

contraires sont réservées [il s'agit d'une convention entre les associés et le tiers].

Chaque associé a une responsabilité personnelle, solidaire et illimitée. Le créancier peut choisir l'associé le plus solvable et ensuite l'associé qui payé le tout peut se retourner contre les autres associés.

Majeure

À teneur de l'art. 544 al. 3 : « Les associés sont solidairement responsables des engagements qu'ils ont assumés envers les tiers, en agissant conjointement ou par l'entremise d'un représentant; toutes conventions contraires sont réservées ». Quant à la solidarité, l'art. 143 al. 1 CO explique qu' : « [i]l y a solidarité entre plusieurs débiteurs lorsqu'ils déclarent s'obliger de manière qu'à l'égard du créancier chacun d'eux soit tenu pour le tout. ». De plus, l'art. 144 al. 1 indique que : « Le créancier peut, à son choix, exiger de tous les débiteurs solidaires ou de l'un d'eux l'exécution intégrale ou partielle de l'obligation. ». Il y a donc une responsabilité solidaire, personnelle et illimitée des associés à l'égard des tiers.

3.2. Dettes personnelles d'un associé

Art. 544 al. 2 CO

2. Les créanciers d'un associé ne peuvent exercer leurs droits que sur sa part de liquidation, à moins que le contrat de la société n'en dispose autrement.

En cas de liquidation de la société simple, le créancier peut revendiquer une part du produit de liquidation.

4. Légitimation active

Comment peut la société simple, qui n'est pas une personne morale, faire valoir ses prétentions contre des tiers ?

L'art. 544 al. 1 CO dispose que les associés ont la propriété en main commune des biens et créances. En conséquence, les associés agissent conjointement –pour faire valoir les droits réels ou créances - en consorité active nécessaire (CPC 70 I).

En revanche, il n'y pas de légitimation active de la société en tant que telle.

Exceptions

Les associés peuvent s'entre-céder les créances litigieuses (CO 165 I). De cette manière, un seul des associés devient créancier et peut rechercher le débiteur.

Or, les associés peuvent nommer un représentant qui peut ensuite agir seul (cf. ATF 137 III 455 consid. 3.6.)

Aussi possibilité d'agir seul pour un associé lorsque :

- (1) l'inaction des associés causerait péril en la demeure;
- (2) ou lorsque tous les autres associés ont commis une infraction au préjudice de la société (cf. ATF 119 Ia342 consid. 2a)

Il n'y a pas d'*actio pro socio* dans les rapports externes. Ce n'est pas possible pour un seul associé d'agir seul dans le nom de la société simple pour faire verser des fonds dans la caisse sociale.

IV. Fin de la société

1. Causes de dissolution (CO 545, 546)

Art. 545 al. 1 ch. 1 CO : Dissolution pour réalisation ou impossibilité du but

Réalisation du but (CO 545 I ch. 1 *in initio*)

Situation s'apparente à un « contrat exécuté » ; n'a plus de raison d'être

Impossibilité du but (CO 545 I ch. 1 *in fine*)

- Ne vise que la situation de l'impossibilité subséquente
- L'impossibilité doit être objective et durable
- Exemple : désaccord durable entre les associés rendant impossible la prise de décision; difficultés financières d'un associé l'empêchant de participer au financement.

Art. 545 al. 1 ch. 2 CO : Dissolution pour cause de mort et continuation

Pas de clause de continuation (règle par défaut)

Les héritiers entrent dans le contrat et deviennent liquidateurs

Obligation d'informer + de gérer

Continuation avec les héritiers

Clause de continuation antérieure au décès

Variantes :

- Héritier choisi par le *de cuius*/par le contrat
- Entrée automatique des héritiers (dans les limites de l'art. 27 CC)/entrée sur demande

Une clause de continuation peut être introduite après décès

Continuation sans héritiers

Peut être prévue avant ou après décès, avec les héritiers

Indemnité de sortie (valeur de liquidation) ; peut-être prévu contractuellement (on ne peut pas enfreindre sur la réserve héritière des héritiers réservataires)

Art. 545 al. 1 ch. 4 CO : Dissolution par volonté unanime des associés

Deux moyens d'exprimer la volonté

1. Décision formelle

- a) En principe, prise de la décision à l'unanimité
- b) Les associés peuvent y déroger dans le contrat de société – prise de la décision à la majorité possible

2. **Tacitement** : cessation délibérée et prolongée des activités sans opposition d'un des associés

Art. 545 al. 1 ch. 6 cum art. 546 CO : Dissolution en cas de dénonciation

Vaut pour :

- Sociétés constituées pour une durée indéterminée (y compris sociétés constituées pour une durée déterminée qui ont continué après la cause de dissolution: CO 546 III)
- Sociétés constituées pour la vie d'un associé

Droit de dénonciation peut être écarté conventionnellement

Limite: CC 27.

Pas de justification requise, mais dénonciation selon les règles de la bonne foi

La société prend à l'expiration du terme prévu (délai légal 6 mois et pour la fin de l'année si comptes annuels)

Art. 545 al. 1 ch. 7 et al. 2 CO : Dissolution pour justes motifs (droit impératif)

Dissolution par jugement (fin de la société quand jugement est en force)
Suppose justes motifs (al. 2)

Pesée d'intérêts : maintien de la société v. intérêt à dissolution (maintien société/poursuite du but ne peut plus raisonnablement être imposé à l'associé demandeur)

Justes motifs objectifs ou qui tiennent à la personne des associés

Circonstances concrètes du cas d'espèce :

- Nature et but de la société
- Durée de la société jusqu'à la demande
- Intensité des obligations du demandeur
- Prochaine possibilité de résiliation
- « Responsabilité » pour les problèmes
- Violation d'obligations
- Caractère temporaire ou définitif des problèmes (etc.)

C'est la *ultima ratio*

- si possible moyens moins graves, comme supprimer les pouvoirs de gestion d'un associé qui pose problème.
- Mais il n'y pas la possibilité d'exclure un associé pour justes motifs dans la loi (mais peut-être prévu contractuellement).

2. Conséquences de la dissolution

Pas de fin immédiate de la société sauf exceptions

- plus qu'un seul associé
- pas de patrimoine social (société tacite)

La conséquence de la dissolution est que la société entre dans la phase de liquidation. C'est un changement de but de la société (-> mettre fin aux relations contractuelles, réaliser actifs, payer dettes, répartition)

Possibilité de revenir sur la décision de dissolution

2.1. Gestion et représentation (CO 547, 550)

Règles de gestion changent :

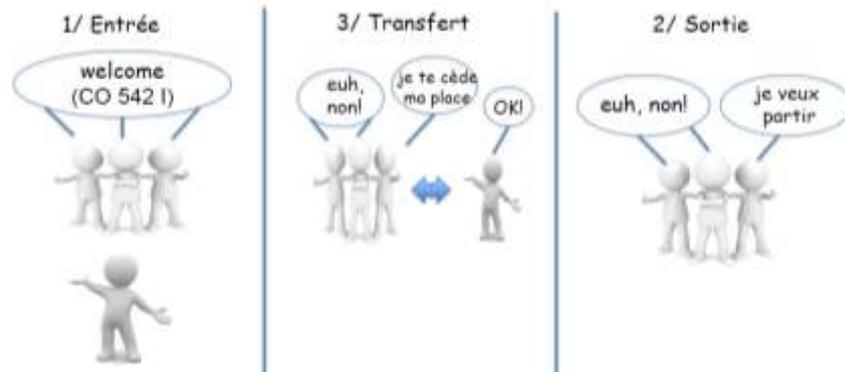
- jusqu'à connaissance motif de dissolution : droit individuel de gérer les affaires de la société (CO 547)
- dès la connaissance : gestion en commun (CO 550)

2.2. Liquidation (CO 548, 549)

CO fixe règles pour la liquidation (CO 548-549) :

- réalisation des actifs
- paiement des dettes
- « remboursement des apports »
- répartition des bénéfices ou des pertes

V. Entrée, sortie, transfert du sociétariat



1. Entrée

Régime légal

Art. 542 al. 1 CO

1. Aucun associé ne peut introduire un tiers dans la société sans le consentement des autres associés.

L'art. 542 al. 1 CO concrétise le fait que l'entrée d'un nouvel associé suppose un nouveau contrat au sens de l'art. 530 CO. Évidemment, on peut prévoir que les modifications du contrat sont décidées autrement que à l'unanimité. Il s'ensuit que l'art. 542 al. 1 CO est aussi du droit dispositif.

Obligation d'apports à charge du nouvel associé

Liberté de la forme du contrat d'entrée (sauf dérogation au régime légal et apports d'immeubles/créances)

Rapports internes

Règle par défaut: Présomption que le nouvel associé participe aux bénéfices et pertes dès son entrée et selon les règles applicables (CO 533).

Rapports externes

Règle par défaut : Responsabilité du nouvel associé limitée aux dettes après l'entrée

Possible de convenir que le nouvel associé réponde solidairement des dettes préexistantes (reprise cumulative de dettes).

2. Sortie

Régime légal

Pas de régime légal. Il y a donc deux possibilités.

1. On peut prévoir un droit de sortie (ou exclusion) conventionnels
2. On peut procéder à la dissolution et ensuite continuer la société avec les associés restants.

Rapports internes

Prévu dans la convention

Règle par défaut: Présomption de participation aux bénéfices et pertes jusqu'à la sortie

Rapports externes

Responsabilité pour les dettes antérieures à la sortie maintenue (jusqu'à prescription de la créance).

Pas de responsabilité pour les dettes après la sortie

3. Transfert

Régime légal

Nécessite :

- 1) Contrat de cession en la forme écrite (CO 165 I) entre l'associé sortant et entrant.
- 2) Sauf convention contraire, consentement unanime des associés (CO 542 I). Sinon, le contrat de cession est quand même valable, mais l'associé entrent a une « sous-participation » (CO 542 II). En pratique, un associé sous-participant peut seulement exiger le versement de ses droits financiers.

Rapports internes

Répartition des parts aux bénéfices et pertes selon le contrat de cession

Rapports externes

- Le nouvel associé reprend toutes les dettes sociales afin de libérer l'associé sortant (CO 181 I).
- L'associé sortant demeure obligé solidairement pendant trois ans vis-à-vis des tiers (CO 181 II).

5. SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF (SNC)

La SNC est traitée dans les art. 552 à 593 CO

I. Définition et constitution (art. 552 à 556 CO)

1. Bases légales et définition

Art. 552 al. 1 CO - Définition de la SNC commerciale

1. La société en nom collectif est celle que contractent deux ou plusieurs personnes physiques, sous une raison sociale et sans restreindre leur responsabilité envers les créanciers de la société, pour faire le commerce, exploiter une fabrique ou exercer en la forme commerciale quelque autre industrie.

La SNC est dotée d'une quasi-personnalité morale. Elle est ainsi un sujet de droits et peut conclure des obligations en son nom. En revanche, la SNC n'est pas la propriétaire des biens mis en commun.

SNC commerciale

Il y a une présomption qu'il y ait une activité commerciale, c'est-à-dire une entreprise.

L'inscription de la SNC commerciale au RC est obligatoire (art. 552 al. 2 CO), mais seulement déclarative. Puisque l'inscription est obligatoire, elle peut être faite de l'office par le préposé du registre. Dans ce cas, il peut exiger une amende d'ordre.

SNC non-commerciale

Malgré la lettre de l'art. 552 al. 1 CO, il peut y avoir des SNC qui n'exercent pas une entreprise.

Art. 553 CO – [SNCs] n'exerçant pas une activité commerciale

Si la société n'exploite pas une industrie en la forme commerciale, elle n'existe comme société en nom collectif que du moment où elle se fait inscrire sur le registre du commerce.

Dans ce cas, l'inscription au RC est constitutive (art. 553 CO) et facultative. Sans inscription, la société existe en tant que société simple.

2. Éléments constitutifs

2.1. Une société...

Un contrat par lequel 2 ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun (CO 530)

2.2. ...plus les particularités suivantes :

1. Tous les associés sont des personnes physiques
2. Aucun associé ne limite sa responsabilité à l'égard des tiers
3. La société choisit une raison sociale (nom commercial) sous laquelle elle traite avec les tiers

4. La société exploite une entreprise en la forme commerciale	La société n'exploite pas d'entreprise, mais elle est inscrite au RC (inscription facultative)
---	--

SNC commerciale (art. 552 CO)

SNC non commerciale (art. 553 CO)

La SNC commerciale doit s'inscrire au	Si la SNC non commerciale n'est pas
---------------------------------------	-------------------------------------

RC (art. 552 al. 3 CO, inscription obligatoire)	inscrite au RC (elle n'y est pas obligée), elle reste une société simple
---	--

Majeure

L'art 530 al. 1 CO prévoit que : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun. » Une société consiste d'au moins deux personnes. Elle suppose aussi un but commun, qui peut être économique ou idéal, pour autant qu'il est dans les limites de l'art. 20 CO. Or, il doit y avoir un *animus societatis*, c'est-à-dire la volonté de collaborer pour atteindre le but commun. Finalement, les parties au contrat doivent s'engager d'unir leurs efforts. Cela implique que chaque associé doit fournir un apport (art. 531 al. 1 CO). La notion d'apport doit être compris au sens large et peut être fourni en travail.

Ladite société est une société au nom collectif si tous les associés sont des personnes physiques, qui ne limitent pas leur responsabilité à l'égard des tiers. Or, il faut que la société interagisse avec des tiers sous une raison sociale (art. 552 al. 1 CO).

SNC commerciale : Si la société exploite une entreprise au sens de l'art. 2 lit. b ORC, elle doit se faire inscrire au RC (inscription obligatoire) (art. 552 al. 2 et titre marginale CO). La doctrine considère que l'obligation d'inscription naît lorsque la société a un chiffre d'affaires supérieure à CHF 100'000 par an (art. 36 al. 1 ORC par analogie).

SNC non commerciale : Si la société n'exerce pas une entreprise au sens de l'art. 2 lit. b ORC, avec un chiffre d'affaires supérieure à CHF 100'000 lors de la dernière exercice (art. 36 al. 1 ORC par analogie), elle n'existe comme SNC que si elle est inscrite au registre du commerce (art. 553 CO, inscription constitutive).

3. Caractéristiques - Quasi-personnalité juridique

La société dispose de la quasi-personnalité juridique. Ainsi, à l'égard des tiers, elle apparaît comme une personne morale et une entité distincte de ses associés.

Elle peut, sous sa raison sociale, acquérir des droits et s'engager, actionner et être actionné en justice (art. 562 CO - cf. II. Rapports externes).

La faillite de la société n'entraîne pas celle des associés et la faillite de l'un des associés n'entraîne pas celle de la société (art. 571 CO).

Le débiteur de la société ne peut compenser une créance de celle-ci avec ce que lui doit un associé et un associé ne peut opposer à son créancier la compensation avec ce que ce dernier doit à la société (art. 573 CO).

En revanche, sur certains points, la SNC est « transparente ». En effet, ce n'est pas la société, mais ses associés qui sont propriétaires en main commune de son patrimoine et ses associés qui sont sujets fiscaux.

II. Rapports externes (art. 562 à 573 CO)

Les règles sur les rapports externes sont majoritairement du droit impératif.

La SNC a une quasi-personnalité juridique. Elle a une autonomie patrimoniale et peut être actionné sous sa raison sociale.

1. La représentation dans la SNC (art. 563 à 566)

La SNC est engagée par des actes juridiques faits en son nom – c'est-à-dire sous sa raison sociale - par une personne habilitée de la représenter. Un engagement de la société est donc soumis à trois conditions :

1. Personne habilitée pour représenter
2. Pouvoir de représentation
3. Action au nom de la société

1.1. Personne habilitée pour représenter la SNC

Les personnes habilitées à représenter la SNC sont désignés par les statuts ou une décision sociale.

A. Les associés

Art. 563 CO - Droit de représenter la société

Si le registre du commerce ne contient aucune inscription contraire, les tiers de bonne foi peuvent admettre que chaque associé a le droit de représenter la société.

Si la SNC est inscrite au RC, on présume que tous les associés peuvent la représenter, sous réserve d'une indication contraire figurant au RC. Les tiers peuvent se fier aux indications du RC (art. 933 CO).

L'art. 563 CO prévoit le système *ex lege*. Les parties peuvent toutefois y déroger et prévoir par exemple la représentation par certains associés seulement ou un régime de signature collective. Ceci présumé une modification du contrat ou une décision sociale (importante) au sens de l'art. 534 CO. Sauf dérogation dans le contrat social, une telle décision doit être prise à l'unanimité.

Révocation de la qualité de représentant d'un associé

Art. 565 al. 1 CO

1. Le droit de représenter la société peut être retiré à un associé pour de justes motifs.

Chaque associé a le droit, par une simple déclaration, de demander la révocation de la qualité de représentant d'un autre associé (en cas de litige : jugement déclaratif).

L'art. 556 al. 1 CO (droit impératif), prévoit que tous les associés doivent signer la requête portant sur une modification de l'inscription au RC. Afin d'éviter des problèmes qui en résultent, le juge peut prononcer un retrait provisoire de la qualité de représentant – qui est inscrit dans le RC - s'il y a des justes motifs et péril en la demeure (art. 565 al. 2 CO).

Des justes motifs sont par exemple l'incapacité ou un manquement grave aux devoirs (faute n'est pas requise). Cf. notamment l'art. 539 al. 3 CO par analogie.

NB: si révocation cause un problème à la société (carence dans l'organisation) possibilité de requérir du juge qu'il prenne les mesures nécessaires, p.ex. nommer un curateur etc. (CO 941 p.a. ?)

B. Représentants commerciaux

Les associés peuvent nommer un mandataire (art. 462 CO) ou un fondé de procuration/pouvoir (art. 458 CO).

Attribution de la qualité de représentant à un fondé de procuration

L'attribution de la qualité de représentant à un fondé de procuration présumé trois étapes :

1. Décision sociale
 - L'art. 535 al. 3 CO prévoit que : « Le consentement unanime des associés est nécessaire pour nommer un mandataire général [...] ».
 - L'art. 535 est de droit dispositif, le contrat social peut donc y déroger

2. Communication au fondé de procuration – Contrat avec le fondé de pouvoir

- L'art. 566 CO prévoit que : « Il ne peut être désigné de fondé de procuration ni de mandataire commercial pour toutes les affaires de l'entreprise qu'avec le consentement de tous les associés **gérants [ayant qualité pour représenter la société]**, mais chacun d'eux a qualité pour le révoquer avec effet à l'égard des tiers. »

Dans quel monde est-ce que le texte de l'art. 566 à une relation avec une communication qui devrait être faite au fondé de procuration ????

3. Inscription au registre du commerce doit être requise par tous les associés (art. 556 al. 1 CO)

Révocation de la qualité de représentant d'un fondé de procuration

Variante 1 : Modification d'une décision sociale. La décision doit être prise à l'unanimité (art. 534 CO), sauf dérogation contractuelle à ce régime.

Variante 2 : Droit de chaque associé, par simple déclaration (art. 565 al. 1 CO par analogie)

Variante 3 : La doctrine majoritaire admet la révocation par le juge à titre de mesure provisoire (art. 565 al. 2 CO par analogie)

Dans tous les cas, la révocation doit être communiquée au fondé de procuration par n'importe quel associé (art. 566 *in fine* CO). La révocation est opposable aux tiers, après l'inscription au RC, ou, à défaut, si elle est communiquée aux tiers.

La révocation de la qualité de représentant doit être inscrite au RC (radiation). Ceci est le cas même si cette qualité n'a jamais été inscrite (art. 461 CO). Une radiation doit être requise par tous les associés (art. 556 al. 1 CO).

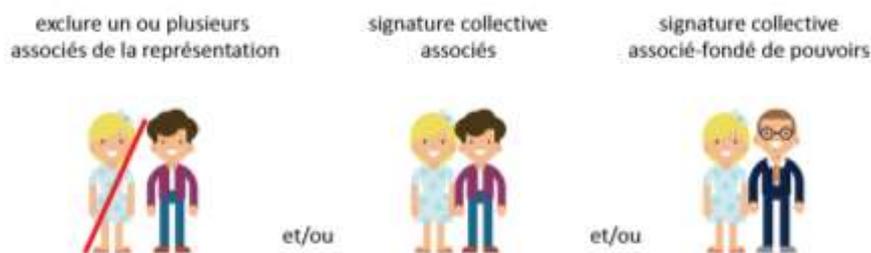
C. Représentants civils

Personnes engagées par la société pour agir en son nom.

Dispositions qu'on peut inscrire au RC

Art. 555 - Représentation

Ne peuvent être inscrites sur le registre du commerce, en matière de droit de représentation, que les dispositions qui confèrent ce droit à l'un des associés seulement ou à quelques-uns d'entre eux, ou celles qui portent que la société sera représentée par un associé conjointement avec d'autres associés ou avec des fondés de procuration.



En sus de ces options prévues par la loi, la doctrine majoritaire admet que la société peut être représentée uniquement par des fondés de procuration, à l'exclusion des associés. Or, elle admet aussi qu'un fondé de procuration peut avoir une signature individuelle.

1.2. Étendue du droit de représenter

A. Règlements *ex lege* – associés

Art. 564 CO - II. Étendue de ce droit

1. Les associés autorisés à représenter la société ont le droit de faire au nom de celle-ci tous les actes juridiques que peut impliquer le but social [= tous les actes qui ne sont pas manifestement exclus par le but social].
2. Toute clause limitant l'étendue de ces pouvoirs est nulle à l'égard des tiers de bonne foi.

Les associés « sont » la société. Ils peuvent ainsi (presque) tout faire. Certains actes sont cependant exclus pour une société ou une personne morale. Ainsi, une SNC ne peut pas se marier, adopter un enfant etc.

B. Règlementation *ex lege* – Fondé de procuration

Art. 459 CO - A. Fondé de procuration / II. Étendue de la procuration

1. Le fondé de procuration est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir la faculté de souscrire des engagements de change pour le chef de la maison et de faire, au nom de celui-ci, tous les actes que comporte le but du commerce ou de l'entreprise [= tous les actes qui ne sont pas manifestement exclus par le but social].

SAUF :

2. Le fondé de procuration ne peut aliéner ou grever des immeubles, s'il n'en a reçu le pouvoir exprès.

C. Restrictions pouvant être inscrites au registre du commerce (associés et fondés de procuration)

Signature collective : cf. *supra* et art. 555 CO

La question de la signature limitée à la succursale est problématique *in concreto*, car elle n'est pas mentionnée dans l'art. 555 CO. De plus, elle est de manière générale peu utile en pratique.

D. Autres restrictions (associés et fondés de procuration)

Il n'y a aucune limite à la possibilité de prévoir des restrictions qui ne sont pas inscrites au RC (liberté contractuelle).

Exemples : limites de montant, décisions ayant une importance stratégique, signature collective non inscrite, etc.

Attention : Les restrictions non inscrites au registre du commerce ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi. La bonne foi n'est détruite que par une connaissance certaine de la restriction (art. 933 al. 2 CO par analogie)

E. Représentation sans pouvoirs

Une représentation sans pouvoirs + autorisation ou ratification = équivaut à représentation avec pouvoirs.

Art. 540 al. 2 CO

2. Lorsqu'un associé agit pour le compte de la société sans posséder le droit d'administrer, ou lorsqu'un associé gérant outrepassé ses pouvoirs, il y a lieu d'appliquer les règles de la gestion d'affaires [=> art. 419ss CO, notamment art. 424 CO].

Idem règles sur la représentation sans pouvoirs (art. 38 et 39 CO)

1.3 Acte de représentation

Par un associé

Art. 567 al. 1 et 2. CO - Actes accomplis au nom de la société

1. La société acquiert des droits et s'engage par les actes d'un associé gérant [autorisé à la

représenter] faits **en son nom**.

2. Il suffit que l'intention d'agir pour la société résulte des circonstances.

Par un fondé de procuration

Principe général de l'art. 32 al. 1 CO :

1. Les droits et les obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté.

1.4 Responsabilité extracontractuelle de la SNC (art. 567 CO)

A. D'un associé

Art. 567 al. 3 CO - Actes accomplis au nom de la société et actes illicites

3. La société répond du dommage résultant d'actes illicites qu'un associé commet dans la gestion des affaires sociales

La responsabilité pour acte illicite est soumise à quatre conditions :

1. Acte illicite
2. Associé
3. Agissant pour la société
4. Dans son domaine de compétence

Majeure :

D'abord responsabilité en principe : L'art. 41 al. 1 CO prévoit la responsabilité de celui qui, par un acte illicite cause un dommage. Le dommage se calcule comme la différence entre le patrimoine actuel, mesuré après l'événement dommageable, et son état hypothétique, sans l'événement dommageable. Il faut d'ailleurs que l'acte illicite est une condition sine qua non du dommage et entre donc dans la chaîne causale naturelle. De plus, la causalité doit être adéquate, c'est-à-dire que le dommage doit entrer le champ raisonnable des possibilités objectivement prévisibles. Or, il faut qu'il y ait un manquement à la diligence dû, soit une faute, de la part du responsable.

Puis imputation à la SNC : À teneur de l'art. 567 al. 3 CO, la SNC répond du dommage, lorsqu'il a été causé par un associé, agissant pour la société et dans son domaine de compétence.

D'un fondé de procuration

Art. 55 al. 1 CO

1. L'employeur est responsable du dommage causé par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire.

2. Droits des créanciers sur le patrimoine de la société

2.1. Créanciers sociaux (Dettes sociales)

Art. 570 al. 1 CO (a fortiori si la société n'est pas en faillite)

1. Les créanciers de la société sont payés sur l'actif social [...].

Le créancier social peut directement faire valoir ses prétentions sur l'ensemble du patrimoine social.

Les dettes sociales incombent donc en premier lieu à la SNC. Les associés ont une responsabilité personnelle subsidiaire, qui est illimitée. Les associés sont solidairement responsables des dettes de la SNC (art. 568 al. 1 et 2 CO). Cf. suite.

2.2. Créanciers personnels d'un associé

Art. 572 al. 1 CO - Situation des créanciers personnels d'un associé

1. Les créanciers personnels d'un associé n'ont, pour se faire payer ou pour obtenir des sûretés, aucun droit sur l'actif social.

Cf. aussi art. 570 al. 1 CO : « Les créanciers de la société sont payés sur l'actif social à l'exclusion des créanciers personnels des associés. »

2. [Les créanciers personnels d'un associé] n'ont droit, dans la procédure d'exécution, qu'aux intérêts, aux honoraires, aux bénéfices et à la part de liquidation revenant à leur débiteur en sa qualité d'associé.

Ils doivent attendre la dissolution et liquidation de la société et bénéficieront de ce qui leur sera remis à l'issue de la liquidation, i.e.

- la part sociale, diminuée d'éventuelles pertes ou augmentée du bénéfice en cours
 - le dividende de liquidation relatif aux créances de l'associé contre la société (p.ex. intérêts ou honoraires)
- ⇒ procédure : voir ci-après CO 575

3. Dette sociales - Responsabilité des associés

3.1. Principe

Le créancier qui dispose d'une créance contre la SNC dispose aussi d'une créance identique contre les associés de la SNC.

Art. 568 al. 1 et 2 CO

1. Les associés sont tenus des engagements de la société solidairement et sur tous leurs biens.

2 Toute convention contraire entre associés est sans effet à l'égard des tiers.

Ceci même si ces derniers sont entrés dans la société postérieurement à la naissance de la créance.

Art. 569 CO - Responsabilité de nouveaux associés

1. Celui qui entre dans une société en nom collectif est tenu des dettes existantes solidairement avec les autres associés et sur tous ses biens.

2. Toute convention contraire entre associés est sans effet à l'égard des tiers.

3.2. Mise en œuvre – En général

En principe, la responsabilité personnelle des associés est subsidiaire. C'est-à-dire que le créancier ne peut pas faire valoir sa créance contre les associés en tout temps

Art. 569 al. 3 CO

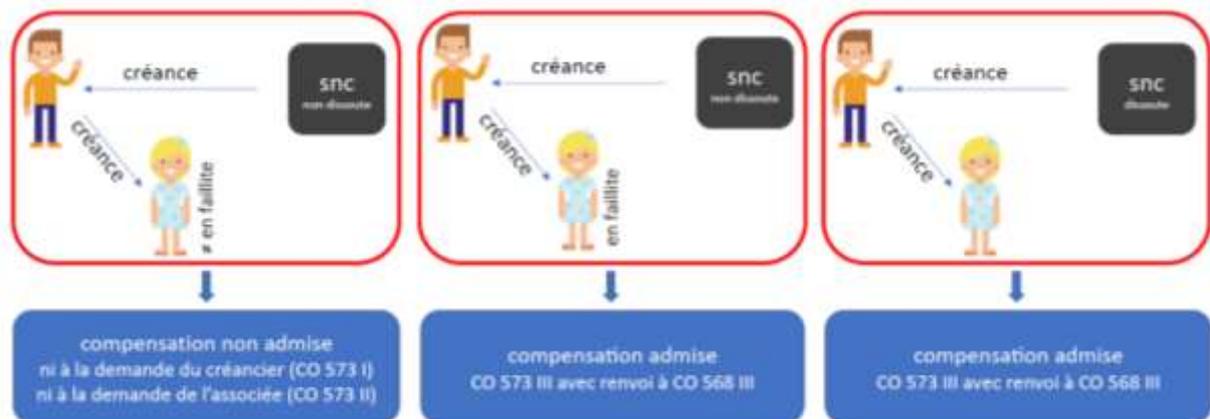
3 [...] un associé ne peut être recherché personnellement pour une dette sociale, même après sa sortie de la société que s'il est en faillite ou si la société est dissoute ou a été l'objet de poursuites restées infructueuses. [...].

SNC non dissoute	SNC dissoute
Tant que la SNC n'est pas dissoute, le créancier peut seulement rechercher la société, à l'exclusion des associés. Exception : le créancier peut poursuivre les associés en faillite pour l'entier de la créance	Dès que la SNC est dissoute (pour cause de faillite ou pour toute autre cause ; CO 574 avec renvoi à CO 545), le créancier peut poursuivre la société et les associés pour l'entier de la créance.

	Cas particulier : faillite société + faillite associé => art. 218 al 1 LP. On ne peut demander que le solde non payé dans la faillite société

Mêmes principes si associé sort de la société après la naissance de la créance (inscription au RC déterminante). Règles de prescription spéciales pour ce cas, voir CO 591 et CO 592.

3.3. Mise en œuvre par compensation (art. 573 CO)



II. Rapports internes (art. 557 à 561 CO)

1. Droit applicable

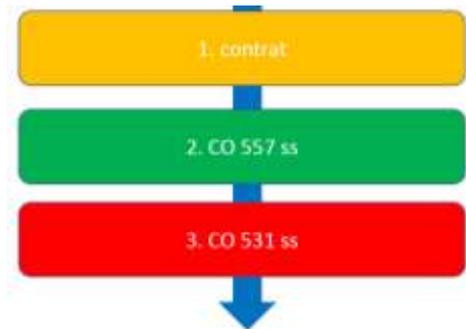
Les rapports internes sont – sous réserve des dispositions impératives – réglés par le contrat de société

Art. 557 CO - A. Liberté du contrat. Renvoi aux règles de la société simple

1. Les rapports des associés entre eux sont déterminés en première ligne par le contrat de société.

2. Si le contrat n'en dispose pas autrement, il y a lieu d'appliquer les règles de la société simple, sauf les modifications qui résultent des articles suivants.

Hierarchie du droit applicable



2. Formation de la volonté

2.1. Règles de compétence pour différents types de décisions (*idem* société simple)

Gestion courante Art. 535 al. 1 et 2, par renvoi de l'art. 557 CO	Décisions sociales Art. 534, par renvoi de l'art. 557 CO
	Gestion extraordinaire P. ex. art. 535 al. 3, par renvoi de l'art. 557 CO
	Modification du contrat P. ex. art. 542 al. 1, par renvoi de l'art. 557 CO
Compétence individuelle gérants* Droit de véto gérants*	Unanimité*

*droit dispositif

Délimitation entre gestion courante et gestion extraordinaire

- volonté des associés
- type et importance de la société
- contenu de la décision (but, conséquences financières, risques)
- pouvoir d'appréciation pour la décision
- caractère plus ou moins exceptionnel de la décision

2.2. Personnes ayant la qualité pour gérer

A. Attribution du pouvoir de gestion (i.e. du pouvoir de prendre des décisions de gestion courante)



Art. 535 al. 1 et 3 CO, par renvoi de l'art. 557 al. 2 CO

1. Tous les associés ont le droit d'administrer, à moins que le contrat ou une décision de la société ne l'ait conféré exclusivement soit à un ou plusieurs d'entre eux, soit à des tiers.

[...]

3. Le consentement unanime des associés est nécessaire pour nommer un mandataire général, ou pour procéder à des actes juridiques excédant les opérations ordinaires de la société; à moins toutefois qu'il n'y ait péril en la demeure.

B. Révocation du pouvoir de gestion (i.e. du pouvoir de prendre des décisions de gestion courante)

Art. 539 CO, par renvoi de l'art. 557 al. 2 CO - Révocation et restriction du pouvoir de gérer

1. Le pouvoir de gérer conféré à l'un des associés [où à un tiers gérant avec pouvoir général] par le contrat de société [où par la loi] ne peut être révoqué ni restreint par les autres associés sans de justes motifs. [=> cet alinéa ne s'applique qu'à l'hypothèse d'une action en révocation par un associé. Les associés ensemble peuvent toujours prendre une décision ensemble ou modifier le contrat, sans avoir besoin des justes motifs, art. 535 al. 1 CO (par renvoi de l'art. 557 al. 2 CO)].

2. S'il y a de justes motifs, la révocation peut être faite par chacun des autres associés, même si le contrat de société en dispose autrement [**droit impératif**].

3. Il y a lieu, en particulier, de considérer comme un juste motif le fait que l'associé gérant a gravement manqué à ses devoirs ou qu'il est devenu incapable de bien gérer.

Donc : Révocation du pouvoir de gestion d'un associé :

- révocation pour de justes motifs par chaque associé, simple déclaration (CO 557 => CO 539 II, impératif)
- « révocation » par décision sociale (CO 557 => CO 535 I + CO 535 III)

Donc : Révocation d'un mandataire avec pouvoir général

- révocation pour de justes motifs par chaque associé (CO 557 => CO 539 II p.a.)
- « révocation » par décision sociale (CO 557 => CO 535 I + CO 535 III)

Donc : Révocation d'un mandataire avec pouvoir limité

- révocation = décision de gestion ordinaire (CO 557 => CO 535 II)

3. Responsabilité des gérants

3.1 Pour les décisions de gestion

A. Diligence requise

Art. 538 al. 1 et 3 CO, par renvoi de l'art. 557 al. 2 CO - Diligence requise

1. Chaque associé doit apporter aux affaires de la société la diligence et les soins qu'il consacre habituellement à ses propres affaires.

[...]

3. L'associé gérant qui est rémunéré pour sa gestion a la même responsabilité qu'un mandataire.

Il s'ensuit qu'un associé sans rémunération doit apporter la *diligentia quam in suis*. Un associé avec rémunération doit faire preuve de la même diligence qu'un mandataire. L'art. 398 al. 1 CO (responsabilité du mandataire) renvoie au rapport de travail (art. 321e al. 1 CO). Il doit faire preuve de la même diligence qu'une personne diligente placée dans les mêmes circonstances.

B. Sanction

Art. 538 al. 2 CO, par renvoi de l'art. 557 al. 2 CO – Sanction

2. Il est tenu envers les autres associés du dommage qu'il leur a causé par sa faute, sans

pouvoir compenser avec ce dommage les profits qu'il a procurés à la société dans d'autres affaires.

4. Rapports financiers

4.1. Comptabilité annuelle

Art. 558 al. 1 CO

1. À la fin de l'exercice, les bénéfices ou les pertes ainsi que la part de chaque associé sont déterminés sur la base des comptes annuels.

Dans la société simple, on ne pourrait aussi jamais établir une comptabilité, jusqu'au moment de la liquidation.

4.2. Apports

A. Principe

L'apport correspond aux prestations (biens, services, etc) que l'associé remet à la société sans contreprestation de celle-ci.

Art. 531 al. 1 et 2 CO, par renvoi de l'art. 557 al. 2 CO - Apports

1. Chaque associé doit faire un apport, qui peut consister en argent, en créances, en d'autres biens ou en industrie.

2. Sauf convention contraire, les apports doivent être égaux, et de la nature et importance qu'exige le but de la société.

Art. 560 al. 2 CO

2. Aucun associé n'est tenu de faire un apport supérieur à celui qui est prévu par le contrat, ni de compléter son apport réduit par des pertes.

B. Comptabilisation

Trois possibilités :

1. Les apports peuvent consister en des biens activables au bilan.
2. Les apports peuvent consister en un patrimoine comprenant des actifs et des dettes, pour autant qu'il y ait un solde positif. C'est par exemple le cas de l'apport d'une entreprise à la société, qui comprend des dettes et des actifs.
3. L'apport ne doit pas être activable au bilan du tout. Il y a des possibilités suivantes sans activation au bilan :
 - Apport en industrie (travail)
 - apports en usage: p.ex. mise à disposition de locaux
 - apports en destination: p.ex. l'associé permet à la société de construire des appartements sur sa parcelle en vue de leur vente ultérieure au profit de la société

4.3. Part sociale

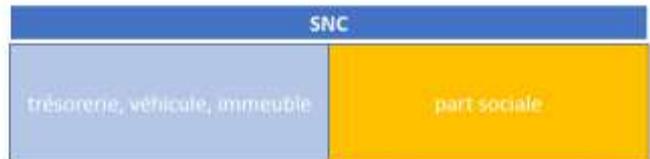
A. Principes

La part sociale n'a pas d'existence réelle; il s'agit d'un poste comptable qui « garde en mémoire » la valeur des contributions de l'associé à la société.

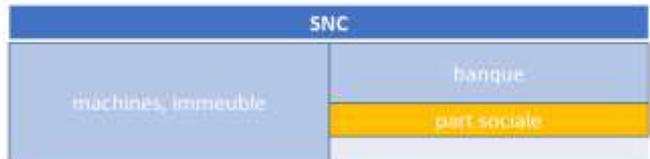
B. Comptabilisation (fondation)

parts sociales

comptabilisation (fondation)



le plus souvent la valeur de la part sociale correspond à la valeur des apports, mais



la valeur de la part sociale peut être moins importante que la valeur des apports et



la valeur de la part sociale peut être plus importante que la valeur des apports et a fortiori plus importante que la valeur des apports qui a été inscrite au bilan

C. Pourquoi les apports et les parts sociales ne doivent pas correspondre

Liberté contractuelle

Les parts sociales jouent un rôle dans les rapports entre associés (notamment pour les intérêts sur parts ou pour déterminer ce que touchent les parties lors de la liquidation, etc.).

Si la part sociale n'est pas équivalente à l'apport effectué, cela peut désavantager (si la valeur de la part est inférieure à celle de l'apport) respectivement avantager l'associé concerné (dans le cas contraire).

Le législateur favorise la liberté contractuelle ; il part de l'idée que les parties peuvent se protéger elles-mêmes en négociant le contrat.

Protection des créanciers de la société

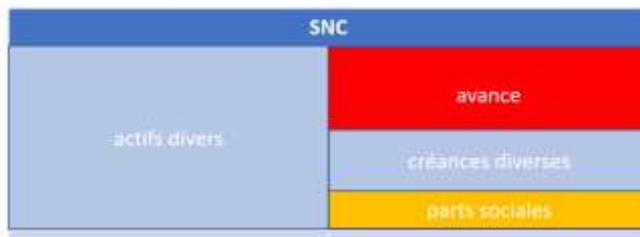
Les tiers-créanciers ne dépendent pas seulement du patrimoine de la société pour se désintéresser; ils peuvent aussi rechercher les associés à titre personnel. Dans l'esprit du législateur, il est indifférent que les associés ne remettent pas assez de biens à la société ou qu'ils y en prélèvent trop, puisque tout ce que les créanciers ne trouvent pas dans le patrimoine social, ils le trouveront dans le patrimoine privé des associés

4.4. Créances des associés

A. Avances

Art. 537 al. 1 CO, par renvoi de l'art. 557 CO

1 Si l'un des associés a fait des dépenses ou assumé des obligations pour les affaires de la société, les autres associés en sont tenus envers lui; ils répondent également des pertes qu'il a subies et qui sont la conséquence directe de sa gestion ou des risques inséparables de celle-ci.



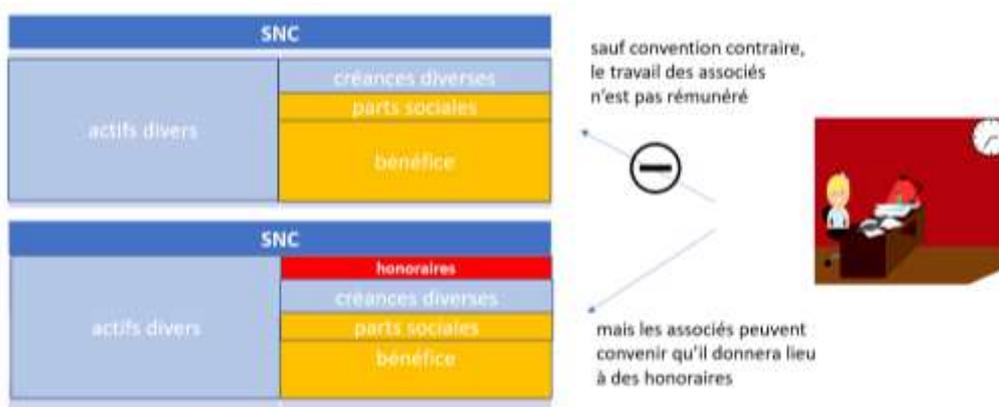
B. Travail et honoraires

Art. 537 al. 3 CO, par renvoi de l'art. 557 al. 2 CO

3. Il n'a droit à aucune indemnité pour son travail personnel.

Art. 558 al. 3 CO

3. [...], les honoraires convenus pour le travail d'un associé sont assimilés à une dette de la société.



C. Intérêts sur parts sociales

Principe

Art. 558 al. 2 CO

2. L'intérêt d'une part de l'actif social peut être bonifié à l'associé, dans les conditions fixées par le contrat [...]. Si le contrat n'en dispose pas autrement, **l'intérêt est de 4 %**.

La loi présume qu'il faut rémunérer le « capital » immobilisé des associés; l'objectif est de les inciter à laisser des actifs dans la société.

NB : les intérêts, qui courent durant tout l'exercice, sont inscrits sur le bilan de clôture (souvent 31.12). Les intérêts sont une charge; ils vont diminuer le bénéfice ou augmenter les pertes de l'exercice.

Montant déterminant pour le calcul

Art. 558 al. 2 CO

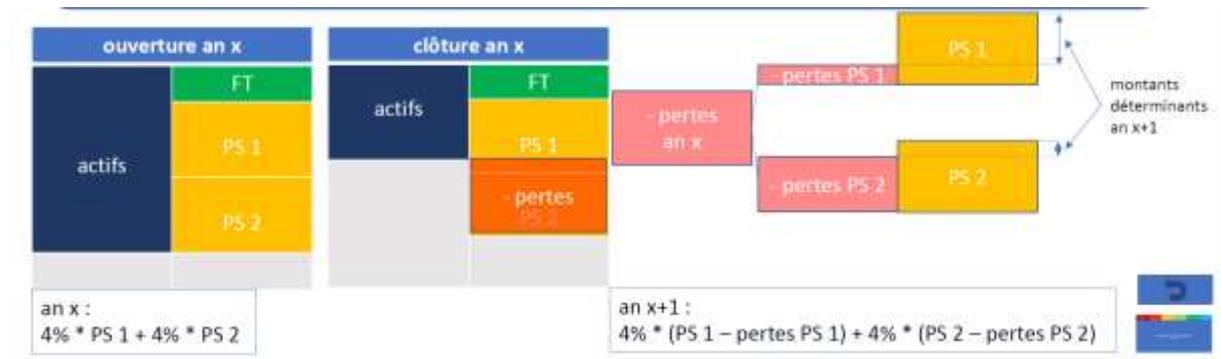
2. L'intérêt d'une part de l'actif social peut être bonifié à l'associé [...] même si elle a été diminuée par des pertes subies au cours de l'exercice. [...]

Art. 560 al. 1 CO

1. Lorsque des pertes ont diminué une part de l'actif social, l'associé conserve son droit [...] aux intérêts de sa part réduite [...].

Les intérêts de l'an x se calculent sur la **valeur de la part sociale diminuée, le cas échéant,**

de la perte au bilan de l'année précédente afférente à la part sociale; les pertes subies pendant l'exercice en cours (en l'an x) n'ont aucune incidence sur le calcul des intérêts de l'an x.



4.5. Bénéfices et pertes

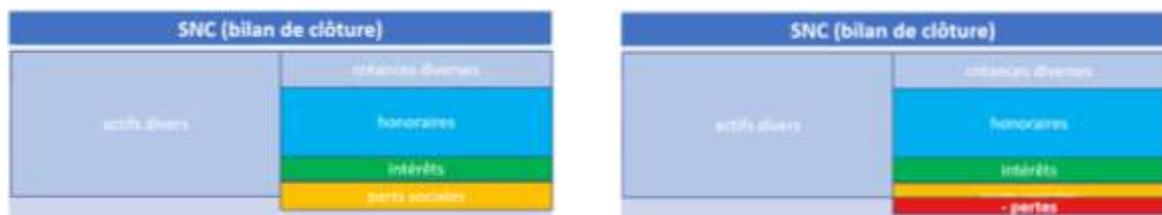
CO 558 I

A la fin de l'exercice, les bénéfices ou les pertes ainsi que la part de chaque associé sont déterminés sur la base des comptes annuels.

Exemple d'une société qui fait un bénéfice :



Exemple d'une société qui subit des pertes :



Une fois établis, les bénéfices ou les pertes sont répartis entre les associés en application de l'art. 533 CO (par renvoi de l'art. 557 al. 2 CO).

NB :

- aussitôt le bénéfice réparti, chaque associé dispose d'une créance équivalente à l'encontre de la société
- les associés ne sont pas tenus de reconstituer leurs parts sociales en faisant des apports supplémentaires en cas de pertes (cf. CO 560 II)

4.6. Modifications de la part sociale au début d'un nouvel exercice (bilan d'ouverture année x+1)

A. Principe

Les parts sociales sont déterminées par le contrat ou décision sociale. En général, leur

modification suppose une décision unanime des associés.

B. Réduction de la part sociale

Pas de présomption de réduction en cas de pertes (CO 560 II: règle dispositives).

Si le bilan de clôture d'un exercice donné est déficitaire (CO 560 I)

- les intérêts de l'exercice suivant sont calculés sur la part sociale réduite
- la perte est reportée à l'exercice suivant, de sorte que lors de cet exercice, les associés ont seulement droit à une part de bénéfice si et dans la mesure où le bénéfice de l'exercice suivant dépasse la perte reportée.

C. Augmentation de la part sociale

Art. 559 al. 1 et 3 CO

1. Chaque associé a le droit de retirer de la caisse sociale les bénéfices, intérêts et honoraires afférents à l'exercice écoulé.

[...]

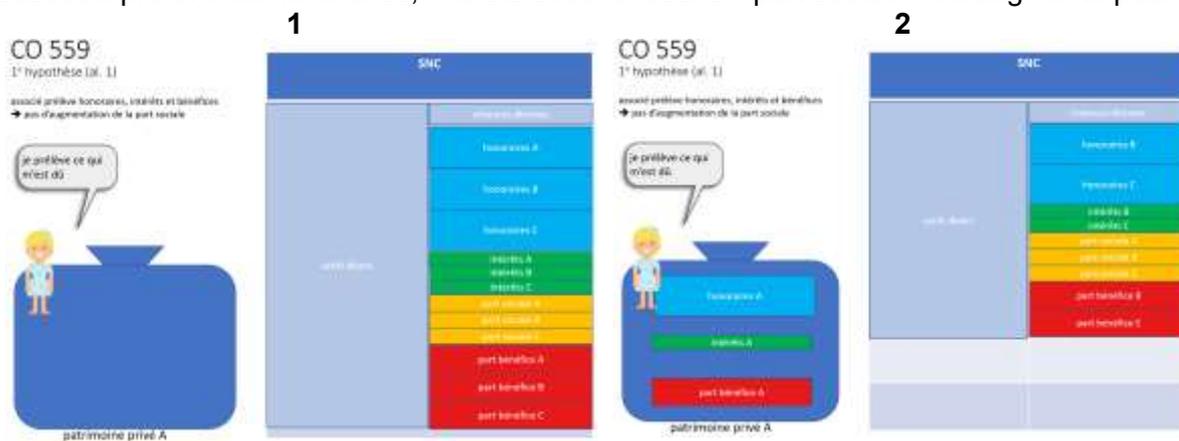
3. Les **bénéfices, intérêts et honoraires que l'associé n'a pas perçus** sont ajoutés à sa part de l'actif social après l'approbation du rapport de gestion, si aucun des autres associés ne s'y oppose.

L'objectif de l'art. 559 al. 3 CO est d'augmenter les fonds propres de la société. La réserve en faveur des autres associés s'explique par le fait que les droits sociaux peuvent être fixés en fonction des parts sociales et/ou que l'augmentation d'une part sociale peut donner lieu à des déséquilibres dans les relations entre les associés.

NB: les intérêts, honoraires et bénéfices ne forment pas un bloc qui devrait être toujours traité de manière identique.

1^{ère} hypothèse : Art. 559 al. 1 CO

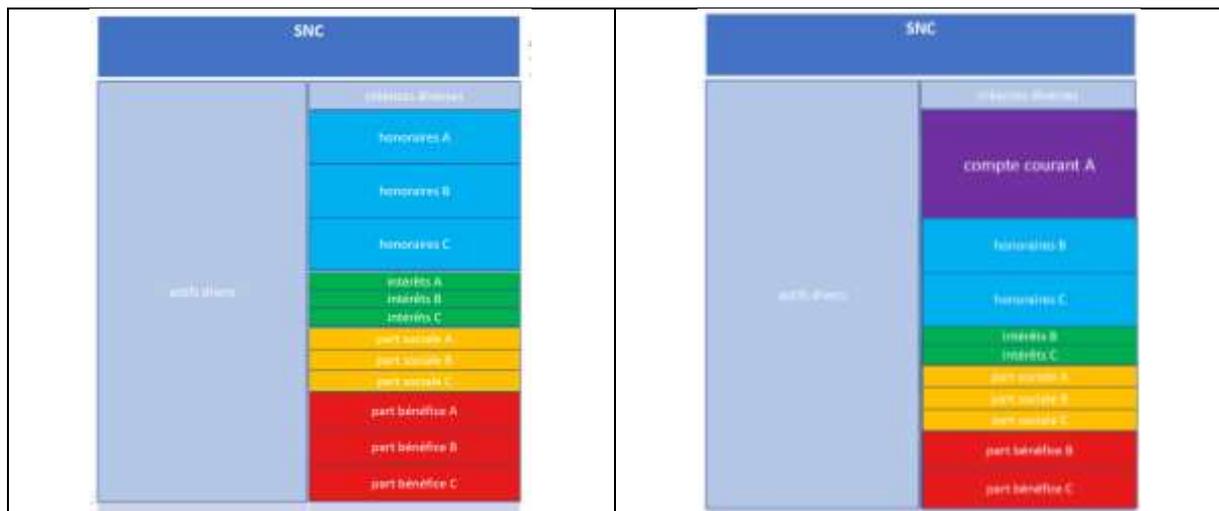
L'associé prélève les honoraires, intérêts et bénéfices. SA part sociale ne s'augmente pas.



Variante de la première hypothèse

L'associé se réserve de prélever honoraires, intérêts et bénéfices plus tard. Il n'y a pas d'augmentation de la part sociale. Les honoraires, intérêts et bénéfices non encore prélevés sont intégrés dans le compte courant de l'associé (dont celui-ci peut demander le remboursement total ou partiel à **tout moment**).

1	2
---	---



2^e hypothèse : Art. 559 al. 3 *in fine* CO

Si un associé ne prélève pas ses honoraires, intérêts et bénéfices sans explicitement se réserver le droit de le faire plus tard, sa part sociale s'augmente. Cependant, les autres associés peuvent s'y opposer. Dans ce cas, cet associé dispose ensuite aussi d'un compte courant auprès de la société dont celui-ci peut demander le remboursement total ou partiel à tout moment.

3^e hypothèse : Art. 559 al. 3 *in initio* CO

L'associé ne prélève pas ses honoraires, intérêts et bénéfices. Or, il n'y a pas d'opposition à l'augmentation de la part sociale du côté des autres associés.

⇒ augmentation de la part sociale

Graphique montre l'augmentation de la part sociale de C. A ayant prélevé ses honoraires, intérêts et bénéfices et B ayant un compte courant suite à l'opposition d'un des associés à l'augmentation de sa part.



5. Autres droits et obligations

5.1. Interdiction de faire concurrence

Art. 561 CO - Prohibition de faire concurrence

Aucun des associés ne peut, dans la branche exploitée par la société et sans le consentement des autres, faire des opérations pour son compte personnel ou pour le compte d'un tiers, ni

s'intéresser à une autre entreprise à titre d'associé indéfiniment responsable ou de commanditaire, ni faire partie d'une société à responsabilité limitée.

NB : Cette obligation est plus étendue que celle applicable dans la société simple (interdiction de faire des affaires qui seraient contraires ou préjudiciables au but de la société : art. 536 CO).

5.2. Droit aux renseignements

Art. 541 CO, par renvoi de l'art. 557 al. 2 CO

1. Tout associé, même s'il n'a pas la gestion, a le droit de se renseigner personnellement sur la marche des affaires sociales, de consulter les livres et les papiers de la société, ainsi que de dresser, pour son usage personnel, un état sommaire de la situation financière.
2. Toute convention contraire est nulle.

IV. Entrée et sortie

1. Entrée

Règle générale

Art. 542 al.1 CO (dispositif*), par renvoi de l'art. 557 CO

1. Aucun associé ne peut introduire un tiers dans la société sans le consentement des autres associés.

*Le contrat peut changer la majorité requise pour l'admission de nouveaux associés et même conférer à chaque associé (ou à certains d'entre eux) le droit de faire entrer un nouvel associé. Le contrat peut encore prévoir un droit d'entrée pour des personnes désignées (p.ex. un ou plusieurs héritiers).

Par transfert d'une part sociale – les deux conditions

1. Cession de la part sociale par un associé à un tiers (au sens des art. 164ss CO)
2. Accord des autres associés (art. 542 *cum* 557 al. 2 CO)

2. Sortie

Le droit de la SNC ne prévoit **pas de droit de sortie légal**, même en cas de justes motifs ; dès lors, à défaut de droit de sortie contractuel, il faut penser à la dissolution par dénonciation ou pour de justes motifs (CO 574 => CO 545 I ch. 6 et 7)

2.1. Droit de sortie conventionnel

Art. 576 CO - Sortie d'un ou plusieurs associés - Convention

S'il a été convenu, avant la dissolution, que nonobstant la sortie d'un ou de plusieurs associés la société continuerait, elle ne prend fin qu'à l'égard des associés sortants; elle subsiste avec les mêmes droits et les mêmes engagements.

Cette disposition confirme l'admissibilité d'un **droit de sortie conventionnel** et définit certains de ses effets.

Ex. d'autres effets: responsabilité de l'associé subsiste après sortie (CO 568 III), droit à indemnité de sortie (CO 580).

NB: la sortie (prévue par contrat ou décision sociale) est aussi admise lorsqu'elle ne laisse subsister qu'un seul associé (celui-ci devient titulaire d'une entreprise individuelle) => CO 579 I p.a.

2.2. Exclusion par le juge (justes motifs)

Art. 577 CO - Exclusion par le juge

Lorsque la dissolution pourrait être demandée pour de justes motifs se rapportant principalement à un ou à plusieurs associés, le juge peut, si tous les autres le requièrent, prononcer l'exclusion, en ordonnant la délivrance à l'associé ou aux associés exclus de ce qui leur revient dans l'actif social.

NB: l'exclusion est aussi admise lorsqu'elle ne laisse subsister qu'un seul associé (celui-ci devient titulaire d'une entreprise individuelle) => cas prévu par CO 579 II

2.3. Exclusion par les autres associés (faillite ou saisie part sociale)

Art. 578 CO - Exclusion par les autres associés

Lorsqu'un associé est déclaré en faillite ou que le créancier d'un associé demande la dissolution de la société après avoir fait saisir la part de liquidation de son débiteur, les autres associés peuvent exclure celui-ci en lui remboursant ce qui lui revient dans l'actif social.

Objectif: éviter la dissolution de la société demandée par le créancier de l'associé (cf. **CO 575 I ou II**)

NB: l'exclusion est aussi admise lorsqu'elle ne laisse subsister qu'un seul associé (celui-ci devient titulaire d'une entreprise individuelle) => CO 579 I

3. Indemnité de sortie

Principe : L'associé qui sort de la société – à sa demande ou ensuite d'une exclusion – a droit à une indemnité de sortie.

Détermination

Art. 580 CO - Somme due à l'associé sortant

1. La somme qui revient à l'associé sortant est fixée d'un commun accord.
2. Si le contrat de société ne prévoit rien à cet égard et si les parties ne peuvent s'entendre, le juge détermine cette somme en tenant compte de l'état de l'actif social lors de la sortie et, le cas échéant, de la faute de l'associé sortant.

1. Indemnité fixée par contrat à liberté contractuelle

 limite CO 20 & CC 27 : il faut éviter que l'associé soit bloqué dans la société parce que son indemnité est punitive ou que l'exclusion conduise à une expropriation abusive de l'associé ou encore qu'elle constitue un cadeau aux associés qui soit destinée à léser les créanciers de l'associé (cf. règles sur l'action révocatoire LP 285 ss)

2. à défaut de convention

2.1. valeur de la participation (PS + part de bénéfice – part de pertes)

prise en compte de la valeur d'exploitation (*going concern*) et non de la valeur de liquidation mais en tenant compte d'éventuelles réserves latentes qui augmentent la valeur de la participation. (NB: si la valeur de la participation est négative, l'associé sortant peut devoir verser une « indemnité » à la société)

2.2 prise en compte d'autres éléments pour augmenter (mérite particulier) ou réduire (faute) l'indemnité

V. Fin de la société

La fin de la société suppose généralement 2 étapes :

1. la **dissolution de la société**

- est une étape ponctuelle, qui est le moment où le but de la société change: au lieu de la poursuite du but social d'origine, les associés vont désormais avoir pour but de mettre fin aux relations de la société avec les tiers et entre eux

2. la **liquidation de la société**

- elle est effectuée par les **liquidateurs** (qui représentent et gèrent la société pendant cette phase). la liquidation, qui s'étend généralement dans le temps, est la phase finale lors de laquelle on réalise les actifs de la société, on paye ses dettes puis on répartit le solde du patrimoine social entre les associés et on radie la société du RC.

1. Dissolution

1.1. Causes de dissolution

A. En général

2 causes spécifiques à la SNC...

Art. 574 CO

1 La société est dissoute par l'**ouverture de sa faillite**. [...]

Art. 575 al. 1 et 2 CO

1. En cas de **faillite d'un associé**, l'**administration de la faillite peut**, après un avertissement donné au moins six mois à l'avance, **demande la dissolution** de la société, même lorsque celle-ci a été constituée pour une durée déterminée.

2 Le **même droit peut être exercé par le créancier** de chaque associé, lorsque ce créancier a fait **saisir la part de liquidation** de son débiteur [concerne essentiellement les dettes fiscales]

alternatives pour les associés: voir **ci-après**

.... **Et presque toutes les causes valables pour la société simple**

Art. 545 al. 1 CO, par renvoi de l'art. 574 al. 1 CO

1. La société prend fin:

1. par le fait que le **but social** est **atteint** ou que la réalisation en est devenue **impossible**;
2. par la **mort de l'un des associés**, à moins qu'il n'ait été convenu antérieurement que la société continuerait avec ses héritiers;
3. par le fait que [...] que l'un des **associés** [...] est placé **sous curatelle de portée générale**;
4. par la **volonté unanime** des associés;
5. par l'**expiration du temps** pour lequel la société a été constituée;
6. par la **dénonciation du contrat** par l'un des associés, si ce droit de dénonciation a été réservé dans les statuts, ou si la société a été formée soit pour une durée indéterminée, soit pour toute la vie de l'un des associés;
7. par un **jugement**, dans les cas de dissolution **pour cause de justes motifs**.

B. La dissolution prévue par CO 575 I/II et les moyens de l'éviter

L'objectif de CO 575 I/II, qui permet à l'administration de la faillite de l'associé failli ou au créancier ayant saisi la part d'un associé de demander la dissolution, est de permettre à la

masse ou au créancier de **mettre la main sur la part de liquidation de l'associé poursuivi**. Dès lors, cette option présente seulement de l'intérêt si la part de liquidation de l'associé (PS + bénéfices - pertes) a une valeur positive.

3 possibilités pour les (autres) associés

1. Accepter la dissolution
2. exclure l'associé en lui remboursant ce qui lui revient dans l'actif social (CO 578)
3. rembourser la ou les dettes personnelles de l'associé

Art 575 al. 3 CO : « Aussi longtemps que la dissolution n'est pas inscrite sur le registre du commerce, la société ou les autres associés peuvent détourner l'effet de l'avertissement prévu ci-dessus en désintéressant la masse ou le créancier poursuivant. »

⇒ la société disposera ensuite d'un droit de recours contre son associé

1.2. Révocation de la dissolution

Possible, en principe par décision unanime, dans tous les cas de dissolution sauf dissolution pour cause de faillite (CO 574 I), jusqu'à la fin de la liquidation (radiation de la société: CO 589); après la radiation, il faut fonder une nouvelle société

2. Liquidation

2.1. Liquidateurs

A. Désignation

Art 583 CO

La liquidation est faite par les associés ~~gérants~~ [ayant qualité pour représenter la SNC], à moins que des empêchements inhérents à leurs personnes ne s'y opposent et que les associés ne conviennent de désigner d'autres liquidateurs.

2. À la demande d'un associé, le juge peut, pour de justes motifs, révoquer des liquidateurs et, au besoin, en nommer d'autres.

3. Les liquidateurs sont inscrits sur le registre du commerce [en cette qualité], même si la représentation de la société n'est pas modifiée.

La loi favorise la continuation du **régime prévalant avant la dissolution**. Ce régime prévoit que les associés ayant la qualité pour représenter la SNC deviennent liquidateurs, pendant que les autres associés ne le deviennent pas. La compétence de liquider la société est **un droit, mais aussi un devoir** des associés ayant qualité pour représenter la SNC.

Les associés ayant qualité pour représenter la SNC frappés d'un empêchement inhérent à leur personne (= faillite, mise sous curatelle générale, maladie ou absence durables...) n'acquièrent jamais la qualité de liquidateur.

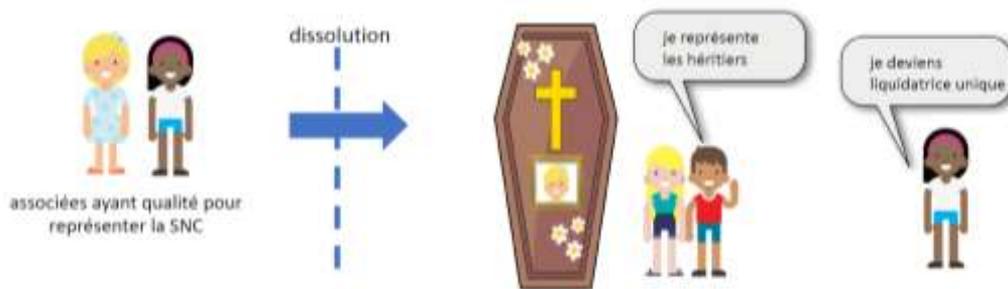
La continuation du régime antérieur est du droit dispositif (CO 583 I *i.f.*). Ainsi, les associés peuvent désigner un autre associé ou un tiers **par décision sociale** (unanimité sauf convention contraire)

Si nécessaire (en cas de dysfonctionnement ou vacance), les liquidateurs sont désignés **par le juge** (CO 583 II)

B. Situation particulière des héritiers d'un associé décédé

Art. 584 CO - Représentation d'héritiers

Les héritiers d'un associé doivent désigner un mandataire commun, qui les représente dans la liquidation.



Le représentant des héritiers d'un associé ne devient pas liquidateur *ex lege*, même si l'associé avait qualité pour représenter la SNC

C. Révocation

Les associés peuvent convenir par **décision sociale** (sauf convention contraire, à l'unanimité) de changer l'attribution de la qualité de liquidateur et ainsi de retirer le pouvoir de liquider à un associé (et aussi de le décharger de l'obligation de liquider).

⚠ L'art. 583 al. 2 CO prévoit que le juge « peut » révoquer un liquidateur pour des justes motifs. C'est donc une compétence du juge et non des associés individuellement, contrairement au retrait de pouvoir de gestion et retrait pouvoir de représentation en cours de vie sociale.

D. Pouvoir de représentation (rapports externes)

Art. 585 al. 2 CO

2. [Les liquidateurs] représentent la société pour les actes juridiques impliqués par la liquidation; ils peuvent plaider, transiger, compromettre et même, en tant que de besoin, entreprendre de nouvelles opérations.

Dans les **rapports externes**, les liquidateurs ont la même position que les associés ayant qualité pour représenter la société en cours de vie sociale.

Etendue des pouvoirs

cf. CO 564 p.a.

Les associés autorisés à représenter la société [liquidateurs] ont le droit de faire au nom de celle-ci tous les actes juridiques que peut impliquer le but social [la liquidation].

⇒ i.e. tous les actes qui ne sont pas manifestement exclus par la liquidation

Restrictions pouvant être inscrites au RC

représentation collective, limitée à la succursale (?) (=> CO 555 p.a.)

Autres restrictions peuvent être librement convenues, mais ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi

E. Imputation des actes illicites des liquidateurs à la société

Art. 585 al. 5 CO

5. La société répond du dommage résultant d'actes illicites qu'un liquidateur commet dans la gestion des affaires sociales.

Quatre conditions

acte illicite – liquidateur – agissant pour la société – dans son domaine de compétence (même réglementation que pour les associés)

F. Pouvoir de gestion (rapports internes)

Art. 585 al. 2 CO

2. [Les liquidateurs] représentent la société pour les actes juridiques impliqués par la liquidation; ils peuvent plaider, transiger, compromettre et même, en tant que de besoin, entreprendre de nouvelles opérations.

Sous l'angle des **rapports internes**, les liquidateurs peuvent faire tout ce qui est nécessaire pour la liquidation (y compris actes de « gestion extraordinaire » tels que décision de vente en bloc de tous les actifs sociaux). Les associés peuvent conclure une convention contraire.

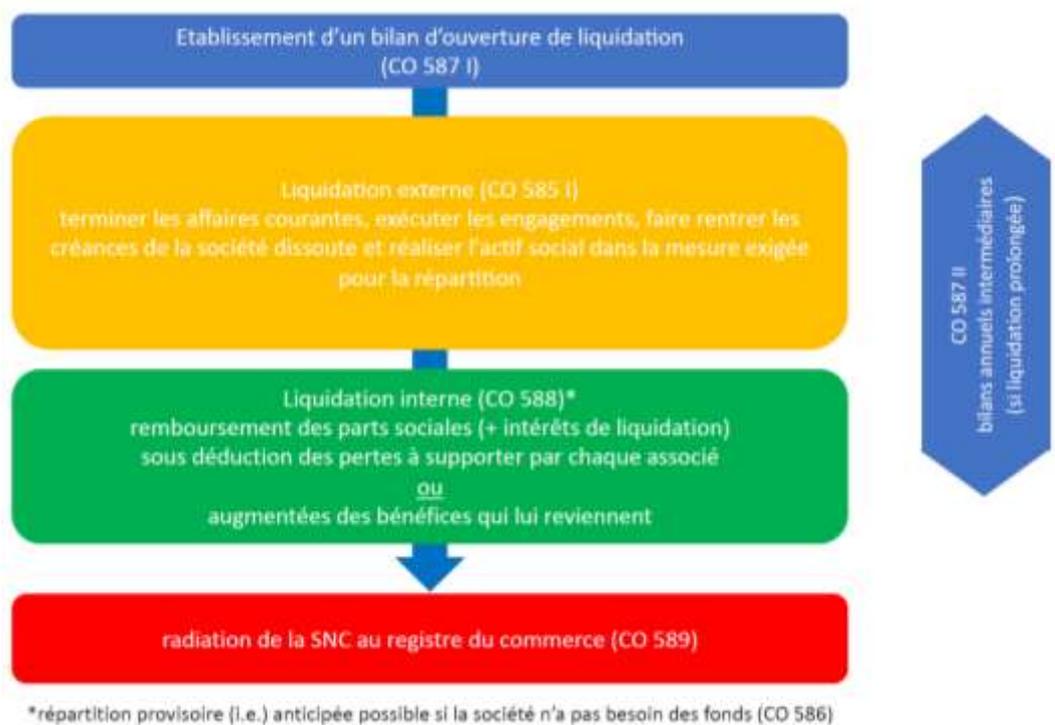
Il faut apporter deux qualifications :

1. **droit de veto des autres liquidateurs** (CO 535 II p.a.)
2. **veto judiciaire à la demande d'un associé**

Art. 585 al. 3 CO

Lorsqu'un associé s'oppose à la décision des liquidateurs d'opérer ou de refuser une vente en bloc ou au mode adopté pour l'aliénation d'immeubles, le juge statue à sa requête.

2.2. Procédure de liquidation



A. Liquidation externe

1ère étape: réalisation des actifs

2ème étape: désintéressement des créanciers

Situation en cas de surendettement

Lorsque les actifs sociaux ne suffisent pas à couvrir les dettes, celles-ci doivent être remboursées au *pro rata* des créances (sous réserve de créances privilégiées)

$$\frac{\text{Actifs à disposition}}{\text{Montant total des créances}} = \text{Dividende de liquidation}$$

Rappel :

Dès la dissolution de la société, **les créanciers peuvent poursuivre les associés à titre personnel** pour l'ensemble de la créance (CO 568 III), sauf en cas de faillite de l'associé et de la société, auquel cas on peut seulement demander dans la masse de l'associé le non-payé dans la faillite de la société (LP 218 I)

Ces prétentions personnelles sont particulièrement utiles lorsque la société est surendettée.

NB: **le créancier ne peut pas être payé deux fois**; s'il est payé par l'associé, ce dernier est subrogé aux droits du créancier à l'égard de la société (CO 149 I); si le créancier est payé par la société, cela éteint ses prétentions à l'égard de l'associé (CO 147 I).

B. Liquidation interne

1ère étape: répartition des bénéfices ou pertes

2ème étape: attribution des actifs à l'associé concerné

Situation particulière de la société surendettée - S'il n'y a pas suffisamment d'actifs pour couvrir l'ensemble des dettes de la SNC (= SNC surendettée)

La première étape de la liquidation interne consiste à **répartir les pertes totales entre les associés**, c'est-à-dire de déterminer le montant des pertes que l'associé doit supporter *in fine*.

Un associé « supporte des pertes »

- en ne se voyant pas rembourser sa part sociale
- en payant les créanciers qui le poursuivent en paiement des dettes sociales (il s'agit d'avances faites à la société)

Si un **associé a déjà supporté plus de pertes que celles qui sont à sa charge**,

- parce que sa part sociale était plus importante que les pertes à supporter finalement (cf. ici exemple de l'associée 2) et/ou
- parce que les créanciers – qui sont libres de choisir leur débiteur – s'en prennent principalement à lui,

il dispose d'un **droit de recours contre ses coassociés à hauteur du trop-payé (CO 148 II et III par analogie)**

NB: il n'y a pas de solidarité entre les coassociés (l'associé ayant trop payé ne peut réclamer à chacun de ses coassociés que sa part des pertes; cela étant, ce qui ne peut être récupéré de l'un des associés se répartit par portions égales entre tous les autres associés.

- Un associé qui a été recherché pour une dette sociale dispose d'un recours interne. Celui est limité envers chaque associé au pourcentage des pertes qui a été convenu dans le contrat social. Un partage égal est présumé, s'il n'y a pas de disposition contraire. Il s'ensuit qu'il n'y a pas de solidarité interne.

6. SOCIÉTÉ EN COMMANDITE (SC)

I. Définition et constitution

1. Bases légales et définition

La SC est réglée aux art. 594 à 619 CO.

Art. 611 al. 2 *in fine* CO se rapporte à la bonne foi.

Deux types de SC

Définition SC commerciale

Art. 594 al. 1 CO - Sociétés exerçant une activité commerciale

1. La société en commandite est celle que contractent deux ou plusieurs personnes, sous une raison sociale, pour faire le commerce, exploiter une fabrique ou exercer en la forme commerciale une autre industrie quelconque, lorsque l'un au moins des associés est indéfiniment responsable et qu'un ou plusieurs autres, appelés commanditaires, ne sont tenus qu'à concurrence d'un apport déterminé, dénommé commandite.

Définition SNC non-commerciale

Art. 595 CO - Sociétés n'exerçant pas une activité commerciale

Si la société n'exploite pas une industrie en la forme commerciale, elle n'existe comme société en commandite que si elle se fait inscrire sur le registre du commerce.

A l'exception des règles sur leur définition (CO 594 et CO 595), toutes les règles du droit de la SC (CO 596 à CO 619) sont applicables indifféremment aux SC commerciales et aux SC non commerciales.

2. Éléments constitutifs

2.1. Une société...

Un contrat par lequel 2 ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun (CO 530)

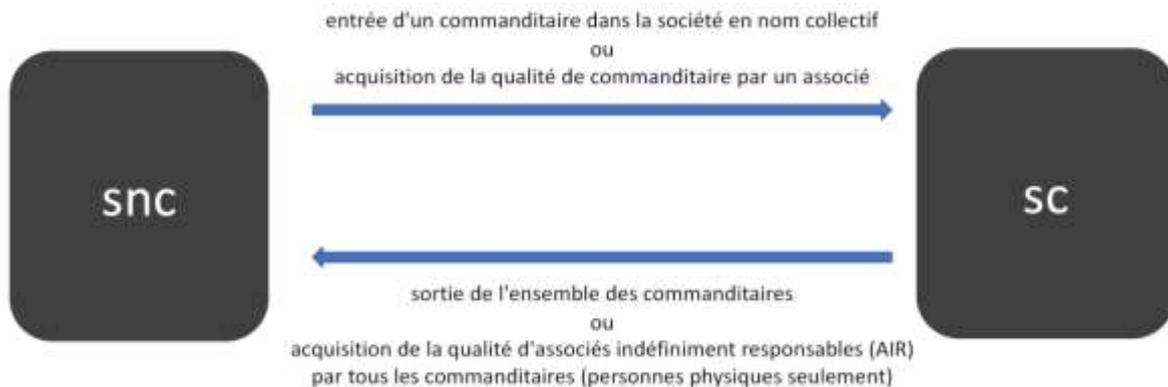
2.2. ...plus les particularités suivantes :

1. Au moins un associé indéfiniment responsable (responsabilité illimitée à l'égard des tiers). Cet associé doit être une personne physique.
2. Au moins un associé commanditaire
C'est-à-dire une personne physique, morale (ou quasi-personne morale comme une SNC ou une autre SC) qui limite sa responsabilité à l'égard des tiers à concurrence d'un montant défini (commandite)
3. La société choisit une raison sociale (nom commercial) sous laquelle elle traite avec les tiers

4. La société exploite une entreprise en la forme commerciale	La société n'exploite pas d'entreprise, mais elle est inscrite au RC (inscription facultative)
SC commerciale (art. 594 CO)	SC non commerciale (art. 595 CO)
La SNC commerciale doit s'inscrire au RC (art. 552 al. 3 CO, inscription obligatoire)	Si la SNC non commerciale n'est pas inscrite au RC (elle n'y est pas obligée), elle reste une société simple, avec la

particularité que la limitation de responsabilité n'est pas opposable aux tiers qui l'ignorent.

3. Transformation SC à SNC et vice versa



4. Caractéristiques

La société dispose de la quasi-personnalité juridique. Ainsi, à l'égard des tiers, elle apparaît comme une personne morale et une entité distincte de ses associés.

Elle peut, sous sa raison sociale, acquérir des droits et s'engager, actionner et être actionné en justice (art. 602 CO - cf. II. Rapports externes).

En revanche, sur certains points, la SC est « transparente ». En effet, ce n'est pas la société, mais ses associés qui sont propriétaires en main commune de son patrimoine et ses associés qui sont sujets fiscaux.

II. Rapports externes

1. La représentation de la SC

1.1. Personne habilitée pour représenter la SC

Seuls les associés indéfiniment responsables (AIR) peuvent représenter la société en qualité d'associés ; la loi ne permet pas aux commanditaires d'agir comme associés-représentants – il est cependant permis de leur conférer la fonction de fondé de procuration.

La société est représentée par **l'associé** ou les **associés indéfiniment responsables**, conformément aux règles applicables aux sociétés en nom collectif.

- Art. 563 CO (par renvoi de l'art. 603 CO) : Si la SC est inscrite, un tiers de bonne foi peut conclure que chaque AIR peut représenter la société
- Cf. les slides sur la SNC, aussi concernant la liberté contractuelle

Art. 605 CO – Responsabilité du commanditaire quand il agit pour la société

Le commanditaire qui conclut des affaires pour la société sans déclarer expressément n'agir qu'en qualité de fondé de procuration ou de mandataire est tenu, à l'égard des tiers de bonne foi, comme un associé indéfiniment responsable, des engagements résultant de ces affaires.

1.2. Représentation par les AIR (Étendue du pouvoir de représentation)

A. Règlementation ex lege

Art. 603 CO - Représentation

La société est représentée par l'associé ou les associés indéfiniment responsables, conformément aux règles applicables aux sociétés en nom collectif.

L'art. 603 CO renvoie à l'art. 564 al. 1 CO :

Art. 564 al. 1 CO - Étendue de ce droit

1. Les associés autorisés à représenter la société ont le droit de faire au nom de celle-ci tous les actes juridiques que peut impliquer le but social [= toute affaire qui n'est pas expressément exclue].

cf. aussi les restrictions qui peuvent être inscrites au RC et celles qui ne peuvent pas l'être (cf. slides SNC)

1.3. Actes faits en son nom

Art. 567 al. 1 et 2 CO, par renvoi de l'art. 603 CO - Actes accomplis au nom de la société

1. La société acquiert des droits et s'engage par les actes d'un associé gérant faits en son nom.

2. Il suffit que l'intention d'agir pour la société résulte des circonstances.

1.4. Imputation à la SC des actes illicites des associés

Art. 567 al. 3 CO (applicable par analogie)

La société répond du dommage résultant d'actes illicites qu'un associé commet dans la gestion des affaires sociales.

4 conditions

acte illicite – associé – agissant pour la société – **dans son domaine de compétence** (ce qui fera la différence entre la responsabilité pour les AIR et les commanditaires, ce sont les domaines de compétence respectifs)

2. Droits des créanciers sur le patrimoine de la société

2.1. Créanciers de la société

Le créancier social peut directement faire valoir ses prétentions sur l'ensemble du patrimoine social

Art. 616 al. 1 CO (pour le cas de la faillite)

1. Lorsque la société est en faillite, l'actif sert à désintéresser les créanciers sociaux, à l'exclusion des créanciers personnels des divers associés.

et

Art. 570 al. 1 CO (par analogie)

1. Les créanciers de la société sont payés sur l'actif social [...]

2.2. Créanciers personnels d'un associé

Art. 613 CO - Situation des créanciers personnels

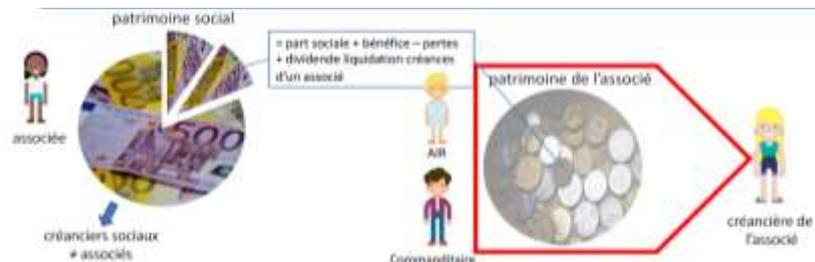
1. Les créanciers personnels d'un associé indéfiniment responsable ou d'un commanditaire n'ont, pour se faire payer ou pour obtenir des sûretés, aucun droit sur l'actif social.

2. Ils n'ont droit, dans la procédure d'exécution, qu'aux intérêts, aux bénéfices et à la part de liquidation revenant à leur débiteur en sa qualité d'associé, ainsi qu'aux honoraires qui pourraient lui être attribués.

Ils doivent **attendre la dissolution et liquidation de la société** et bénéficieront seulement de ce qui sera remis à l'associé à l'issue de la liquidation, i.e.

- la **part sociale, diminuée d'éventuelles pertes ou augmentée du bénéfice** en cours
- le **dividende de liquidation relatif aux créances** de l'associé contre la société (p.ex. intérêts ou honoraires)

Procédure: voir CO 619 II => CO 575 I/ II (dissolution), CO 575 III (paiement créance) et CO 578 (exclusion associé insolvable) (cf. droit SNC)



3. Dettes sociales – Responsabilité solidaire des AIR

3.1. Principe

Le créancier qui dispose d'une créance contre la SC dispose aussi d'une créance identique contre les AIR de la SC.

Art. 568 al. 1 et 2 CO (applicable par analogie)

1. Les associés sont tenus des engagements de la société solidairement et sur tous leurs biens.
2. Toute convention contraire entre associés est sans effet à l'égard des tiers.

Ceci même si ces derniers sont entrés dans la société postérieurement à la naissance de la créance.

Art. 569 CO (applicable par analogie) - Responsabilité de nouveaux associés

1. Celui qui entre dans une société en nom collectif est tenu des dettes existantes solidairement avec les autres associés et sur tous ses biens.
2. Toute convention contraire entre associés est sans effet à l'égard des tiers.

3.2. Mise en œuvre – En général

En principe, la responsabilité personnelle des AIR est subsidiaire. C'est-à-dire que le créancier ne peut pas faire valoir sa créance contre les AIR en tout temps

Art. 604 CO

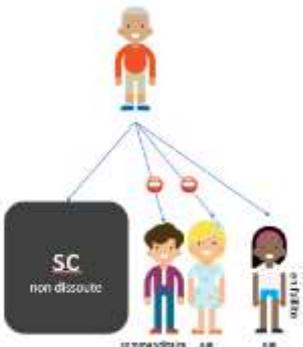
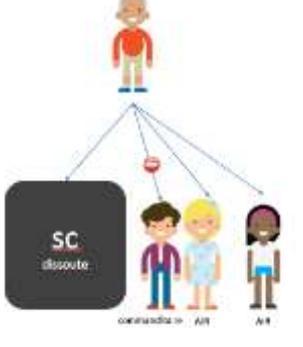
L'associé indéfiniment responsable ne peut être personnellement recherché pour une dette de la société avant que celle-ci ait été dissoute ou ait été l'objet de poursuites infructueuses.

De plus, l'AIR peut être recherché s'il est en faillite :

Art. 569 al. 3 CO (applicable par analogie)

3 [...] un associé ne peut être recherché personnellement pour une dette sociale, même après sa sortie de la société que s'il est en faillite ou si la société est dissoute ou a été l'objet de poursuites restées infructueuses. [...].

SC non dissoute	SC dissoute
Tant que la SC n'est pas dissoute, le	Dès que la SC est dissoute (pour cause de

<p>créancier peut seulement rechercher la société, à l'exclusion des associés.</p> <p>Exception : le créancier peut demander aux AIR en faillite de payer la dette de la société</p>	<p>faillite ou pour toute autre cause ; CO 619 et CO 574 avec renvoi à CO 545), le créancier peut demander le paiement de l'entier de la créance à la société et à tous les AIR.</p> <p>Cas particulier : faillite société + faillite associé => art. 617 CO et art. 218 al 1 LP. On ne peut demander que le solde non payé dans la faillite société</p>
	

4. Responsabilité du commanditaire

4.1. Notion de commandite

La commandite est un montant fixe - inscrit au RC - que le commanditaire s'engage, à l'égard des créanciers, à verser à la société en commandite (et à le lui reverser s'il lui a été restitué) dans la mesure où cela est nécessaire pour couvrir les créances desdits créanciers.

La commandite peut être versée (on dit « libérée ») à n'importe quel moment de la vie de la société.

4.2. Principe : limitation de la responsabilité au montant inscrit

Art. 608 al 1 CO - Étendue de la responsabilité

1. Le commanditaire est tenu envers les tiers jusqu'à concurrence de la commandite inscrite sur le registre du commerce.

Variation de la commandite au cours du temps

Art. 612 CO – Augmentation de la commandite

1. Celui qui entre en qualité de commanditaire dans une société en nom collectif ou en commandite est tenu jusqu'à concurrence de sa commandite des dettes nées antérieurement.

- [Les anciens créanciers bénéficient d'une augmentation de la commandite].

2 Toute convention contraire entre associés est sans effet à l'égard des tiers.

Art. 609 CO - Diminution du montant de la commandite

1. Lorsque le commanditaire, par une convention avec les autres associés ou par des prélèvements, a diminué le montant de la commandite, tel qu'il a été inscrit ou indiqué d'une autre manière, cette modification n'est opposable aux tiers que si elle a été inscrite sur le registre du commerce et publiée.

2. Les dettes sociales nées avant cette publication demeurent garanties par le montant intégral de la commandite.

4.3. Exceptions au principe de la responsabilité limitée au montant de la commandite

A. Responsabilité limitée à un montant plus élevé

Art. 608 al. 2 CO

2. Si le commanditaire lui-même ou la société, au su du commanditaire, a indiqué à des tiers un montant plus élevé de la commandite, le commanditaire répond jusqu'à concurrence de ce montant.

B. Commanditaire traité comme un AIR à l'égard des créanciers

Art. 605 CO – Cas du commanditaire qui représente la société « comme un AIR »

Le commanditaire qui conclut des affaires pour la société sans déclarer expressément n'agir qu'en qualité de fondé de procuration ou de mandataire est tenu, à l'égard des tiers de bonne foi, comme un associé indéfiniment responsable, des engagements résultant de ces affaires.

Art. 606 CO – Cas de la SC qui commence les affaires avant l'inscription au RC

Lorsque la société a fait des affaires avant d'être inscrite sur le registre du commerce, le commanditaire est tenu, à l'égard des tiers, comme un associé indéfiniment responsable, des dettes sociales nées antérieurement, à moins qu'il n'établisse que les tiers connaissaient les restrictions apportées à sa responsabilité.

4.4. La fonction de la commandite

Une commandite élevée sert à augmenter le crédit de la société. Une commandite basse sert à limiter la responsabilité de l'associé commanditaire.

La loi ne fixe **pas de limite minimum** à la commandite. De par sa fonction, elle doit cependant être supérieure à CHF 0.-

La loi ne fixe pas non plus de **limite maximum** – les parties sont libres de fixer le montant qui leur convient.

4.5. Commandite, apport et part sociale

Le commanditaire **s'engage à l'égard de ses coassociés** à faire un **apport** à la société. Lorsqu'il fait ledit apport, la société « crédite » la valeur de l'apport au commanditaire en lui reconnaissant une **part sociale**. La part sociale est prise en compte pour déterminer si la **commandite** a été « libérée » (sous réserve de CO 596 III).

La loi part implicitement de l'idée que la valeur de l'apport (promis aux associés) est **identique** au montant de la commandite (promise aux tiers).

Mais

- la valeur de l'apport peut être **plus basse** que le montant de la commandite (la commandite a alors principalement une fonction de garantie à l'égard des créanciers) ou
- la valeur de l'apport peut être **plus élevée** que le montant de la commandite (la commandite a alors principalement une fonction de limitation de la responsabilité du commanditaire à l'égard des tiers)

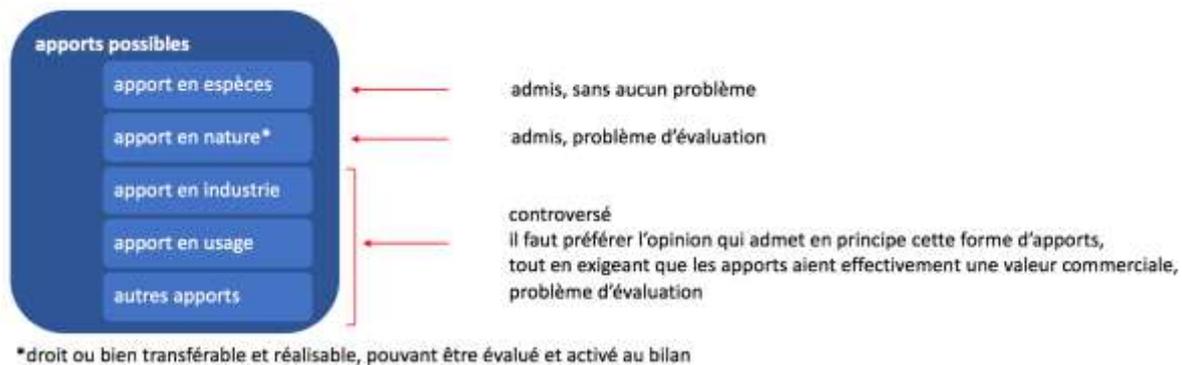
4.6. La libération et la restitution de la commandite : en général

La **libération de la commandite** peut se faire :

- en effectuant un apport
- en renonçant à prélever des intérêts, bénéfices et honoraires qui viennent « grossir » la part sociale
- à la demande des créanciers, des liquidateurs ou de l'administration de la faillite

A. La libération de la commandite par un apport

⚠ seuls les associés (et non les créanciers) peuvent exiger que le commanditaire remette les apports à la société



Pour réduire le problème d'évaluation, la loi exige la publicité des apports autres que les apports en espèces :

Art. 596 al. 3 CO

Si la commandite n'est pas ou n'est que partiellement versée en argent comptant, l'apport en nature [ou les autres apports] et la valeur qui [leur] est attribuée sont expressément déclarés et inscrits sur le registre du commerce.

L'inscription au registre n'est pas une condition de validité de l'apport; elle permet simplement un renversement du fardeau de la preuve de la valeur de l'apport ; à défaut d'inscription, le commanditaire qui veut se prévaloir de la libération doit apporter la preuve de l'apport et de sa valeur. Si l'apport est inscrit, c'est le créancier qui doit prouver, le cas échéant, que l'évaluation est fautive.

B. Libération de la commandite par augmentation de la part sociale suite à l'incorporation des intérêts, bénéfices et honoraires

En principe (voir ci-après pour le cas où il y a des pertes), le commanditaire peut, comme les AIR, choisir entre :

1. prélever les intérêts, bénéfices et honoraires
 - immédiatement (diminution de l'actif et suppression des créances) ou
 - ultérieurement (créances transformées en compte courant commanditaire)
2. **ne pas les prélever** ; dans ce cas :
 - les autres associés peuvent s'opposer à ce que ces montants soient incorporés dans la part sociale (=> créances transformées en compte courant commanditaire)
 - **s'ils y renoncent, sauf convention contraire, les montants seront seulement ajoutés à la part sociale si et dans la mesure où la part sociale du commanditaire n'est pas libérée; le solde est incorporé au compte courant commanditaire**

- Art 601 al. 3 CO

Si le montant inscrit de la commandite n'a pas été intégralement versé ou a été réduit, les intérêts, bénéfices et, le cas échéant, les honoraires ne peuvent [...] être ajoutés [à la part sociale] qu'à concurrence de ce montant.

C. La libération de la commandite à la demande des créanciers, des liquidateurs ou de la masse en faillite

Art. 610 CO - Responsabilité du commanditaire - Actions des créanciers

1. Pendant la durée de la société, les créanciers sociaux n'ont aucune action contre le commanditaire.

2. Si la société est dissoute, les créanciers, les liquidateurs ou l'administration de la faillite peuvent demander que la commandite soit remise à la masse en liquidation ou en faillite, en tant qu'elle n'a pas été apportée ou qu'elle a été restituée au commanditaire.

[à la condition que les créanciers bénéficiaires n'aient pas été entièrement couverts; les créanciers peuvent choisir de poursuivre le commanditaire ou des AIR]

Le créancier n'a pas le droit de demander le paiement de sa créance au commanditaire ; il peut seulement lui demander de libérer le solde non libéré de sa commandite.



4.7. Restitution de la commandite

A. Principes

Le commanditaire s'engage, à l'égard des créanciers, à apporter à la société des moyens d'une valeur correspondante au montant de la commandite. S'il s'exécute, son obligation s'éteint, mais l'obligation renaît si le commanditaire reprend ultérieurement les moyens versés; le fait que la restitution des moyens versés soit faite avec l'assentiment des autres associés n'a pas d'incidence.

B. Cas d'application

La « restitution de la commandite » suppose la réalisation de deux conditions :

1. La société consent une prestation « sans contreprestation » au commanditaire

Cas de figure :

- parce que le commanditaire retire des actifs de la société (ou se voit libéré d'obligations à son égard), sans lui fournir de contreprestation : peu importe que cela se manifeste ou non par une réduction de sa part sociale et/ou de sa commandite
- parce que la société remet au commanditaire une prestation supérieure à la contreprestation reçue du commanditaire;
- lorsque la société verse un bénéfice aux associés, alors que ledit bénéfice n'existe pas;
- lorsque la société verse au commanditaire des intérêts sur sa part sociale grevée de pertes;
- etc.

⚠ il n'y a pas de prestation sans contreprestation,

- lorsque la société remet au commanditaire sa part de bénéfice;
- lorsque la société verse des intérêts au commanditaire si la société n'a pas subi de pertes

NB : toute prestation sans contreprestation vient diminuer le montant « restant » dans la société, i.e. la somme de la valeur des apports faits à la société et des montants qui sont venus grossir la part sociale du commanditaire

2. si l'on déduit la valeur de la prestation sans contreprestation de la somme de la valeur des apports du commanditaire et des montants qui sont venus grossir sa part sociale, on obtient un montant inférieur à celui de la commandite

C. Restitution de la commandite : distribution d'un bénéfice inexistant

Art. 611 CO

1. Le commanditaire ne peut toucher des intérêts ou bénéfices que dans la mesure où il n'en résulte pas une diminution de la commandite.
2. Le commanditaire qui a perçu indûment des intérêts ou bénéfices est tenu à restitution. L'art. 64 est applicable

CO 611, qui concerne exclusivement les rapports externes veut éviter que le commanditaire « reprenne » ce qu'il a mis dans la société sous couvert d'un prélèvement de bénéfice alors que ce dernier n'existe pas :

L'art 611 CO vise seulement le cas dans lequel les comptes ont été mal tenus et font apparaître **un bénéfice inexistant, lequel est distribué aux associés**

En effet, si le bénéfice au bilan existe réellement (c'est-à-dire si les comptes ont été correctement tenus et font apparaître un tel bénéfice) et que la société se contente de distribuer ledit bénéfice à ses associés, il n'est pas possible de « diminuer la commandite » (i.e. de restituer au commanditaire des actifs qui « couvrent sa part sociale ») en versant un bénéfice au commanditaire, puisque, par définition, ledit bénéfice vient « en sus » de la part sociale du commanditaire.

« L'art. 64 est applicable » veut dire qu'un commanditaire, qui a perçu des intérêts de bonne foi et s'en est dessaisi n'est pas tenu de les restituer.

D. Restitution de la commandite : paiement d'intérêts en cas de pertes

L'art 611 CO, qui concerne exclusivement les rapports externes (pour les rapports internes voir ci-après), veut éviter que le commanditaire « reprenne » ce qu'il a mis dans la société en prélevant des intérêts alors que la société fait des pertes :

⚠ l'état de fait de la restitution est réalisé indépendamment de ce que le commanditaire prélève les intérêts, qu'ils soient laissés dans la société sous forme de compte courant ou intégrés dans la part sociale.

On peut fondamentalement distinguer deux situations :

1. pertes commanditaire > intérêts commanditaire

Dans cette situation, la valeur des intérêts est inférieure à celle des pertes à supporter par le commanditaire. C'est-à-dire que la société crédite des intérêts au sociétaire, alors qu'elle n'a pas les actifs nécessaires pour couvrir cette dépense. Dans un tel cas, la prestation « sans contreprestation » - c'est-à-dire les intérêts non couverts - correspondent au montant total des intérêts.

2. pertes commanditaire < intérêts commanditaire

Dans cette situation, la valeur des intérêts est supérieure à celle des pertes à supporter par le commanditaire. C'est-à-dire la société crédite trop d'intérêts au commanditaire par rapport aux actifs à sa disposition ; elle pouvait légitimement verser au commanditaire le montant des intérêts qui dépasse le montant des pertes. Dans un tel cas, la prestation « sans contreprestation » - c'est à dire les intérêt non couverts – correspondent au montant total des pertes.



Rappel : le versement sans contreprestation pose seulement problème lorsque le montant « restant » dans la société ne couvre pas la commandite



$\Delta = PS - \text{intérêts non couverts} =$
montant « restant » dans la société
(sous réserve de CO 596 III)

si Δ supérieure à la commandite
→ restitution ne pose pas de problème
si Δ inférieure à la commandite
→ celle-ci est insuffisamment libérée

NB : dans les rapports entre associés, il n'y a aucun problème à ce qu'un commanditaire se voie restituer tout ou partie de sa commandite; dès lors, du point de vue des associés, le fait de créditer à un commanditaire des intérêts sur sa part sociale en cas de pertes de la société ne pose aucun problème et ne donne droit à aucune compensation de la part des associés (au contraire, c'est le commanditaire qui est lésé par rapport à ses coassociés s'il ne se voit pas créditer les intérêts)

III. Rapports internes

1. Droit applicable



2. Formation de volonté

2.1. Gestion de compétence

Gestion courante	<p>Art. 599 CO La société est gérée par l'associé ou les associés indéfiniment responsables.</p> <p>Il y a un jeu de renvois : L'art. 598 al. 2 CO renvoie aux règles sur la SNC. L'art. 557 al. 2CO renvoie à son tour aux art. 535 al. 1 et 2 CO, qui prévoient :</p> <ul style="list-style-type: none"> - la compétence individuelle de chaque AIR - plus un droit de véto de chaque AIR
	<p>Situation du commanditaire : Art. 600 al. 1 et 2 CO 1. Le commanditaire n'a, en cette qualité, ni le droit ni l'obligation de gérer les affaires de la société. 2. Il ne peut non plus s'opposer aux actes de l'administration qui rentrent dans le cadre des opérations ordinaires de la société.</p>
Modification du contrat et gestion extraordinaire	Décisions prises à l'unanimité des AIR + commanditaires

Les règles ci-dessus relèvent entièrement du droit dispositif

NB : attribution et la révocation du pouvoir de gérer => cf. slides SNC

3. Rapports financiers

3.1. En général

Cf. slides SNC

3.2. Cas particuliers

A. Correspondance entre part sociale et valeur de l'apport

Cf. slides SNC pour la comptabilisation des parts sociales (en bref, la valeur des apports ne doit pas correspondre à la part sociale).

Rapports internes :

Dans les rapports internes, dans la SC comme dans la SNC, les parties **sont libres de fixer la valeur des parts sociales**. Les parts sociales jouent un rôle dans les rapports entre associés (notamment pour les intérêts sur parts ou pour déterminer ce que touchent les parties lors de la liquidation, etc.).

Si la part sociale n'est pas équivalente à l'apport effectué, cela peut désavantager (si la valeur de la part est inférieure à celle de l'apport) respectivement avantager l'associé concerné (dans le cas contraire). Le législateur favorise la liberté contractuelle ; il part de l'idée que les parties peuvent se protéger elles-mêmes en négociant le contrat.

Rapports externes :

Le principe de la responsabilité limitée du commanditaire fait que les créanciers ont intérêt à ce que la part sociale ne soit pas surévaluée par rapport à la valeur des apports faits à la société.

NB : Comme les associés de la SNC; les AIR de la société en commandite répondent de manière illimitée sur leur patrimoine privé; dès lors comme pour les associés de la SNC, le législateur se désintéresse de la manière dont les AIR d'une SC évaluent leurs parts sociales.

Le CO ne s'oppose pas à la surévaluation de la part sociale du commanditaire, mais prévoit que les apports qui ne sont pas faits en numéraire, doivent être inscrits au RC (CO 596 III).

B. Intérêts sur la part sociale du commanditaire en cas de pertes

CO 558 II, qui prévoit par défaut un intérêt de 4% sur les parts sociales est applicable aux AIR et aux commanditaires.

Dans les rapports internes :

Le droit aux intérêts des AIR et des associés commanditaires existe, indépendamment de la question de savoir si la société a fait des bénéfices, a eu un résultat neutre, ou a subi des pertes. Il n'est donc pas « interdit » de prélever des intérêts pour le commanditaire lorsque la société subit des pertes, contrairement à ce que pourrait suggérer CO 611.

Dans les rapports externes :

La perception par un associé commanditaire d'intérêts, alors que la société a subi des pertes, peut donner lieu à une restitution de la commandite, laquelle fait renaître l'obligation de libérer ladite commandite.

C. Répartition des bénéfices et des pertes

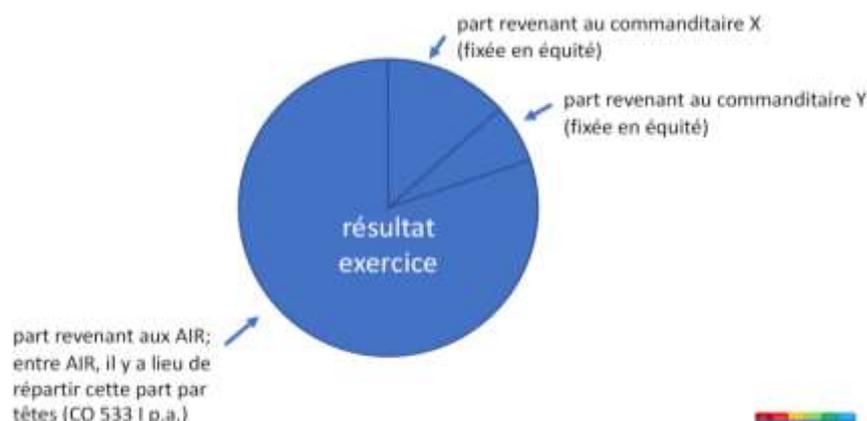
Art. 601 al. 1 et 2 CO - Participation aux bénéfices et aux pertes

1. Le commanditaire n'est tenu des pertes qu'à concurrence du montant de sa commandite [droit dispositif].
2. À défaut d'une convention réglant la participation du commanditaire aux bénéfices et aux pertes, cette participation est fixée librement par le juge.

À défaut de convention entre les associés

- le juge détermine **en équité** la part de bénéfices ou pertes de chaque **commanditaire** individuellement (CO 533 I ne s'applique pas entre commanditaires), étant précisé s'il s'agit de pertes, que le montant de sa commandite est le maximum qui peut être mis à la charge d'un commanditaire (i.e. la loi présume que le commanditaire ne veut pas supporter plus de pertes que ce qu'il est prêt à engager à l'égard des tiers);
- le solde revient/est à la charge des **AIR** (et se répartit en principe par tête conformément à CO 533 I applicable par analogie s'il y a plusieurs AIR)

NB : CO 533 II n'est pas applicable: pertes et bénéfices peuvent être répartis selon des critères différents si l'équité l'exige.



D. Augmentation de la part sociale du commanditaire

Au début d'un nouvel exercice (bilan d'ouverture année x+1)

Principe : Les règles applicables à la SNC sont applicables à la SC (CO 598 II), sauf en ce qui concerne l'augmentation de la part sociale, laquelle n'est pas augmentée au-delà du montant de la commandite (CO 601 III).

C'est sous réserve d'une convention contraire, p.ex. lorsque la commandite est inférieure à la part sociale parce qu'elle vise avant tout à limiter la responsabilité du commanditaire qui veut s'engager de manière plus importante dans la société en cours d'existence.

4. Autres droits et obligations

Droit aux renseignements

AIR

CO 598 => CO 557 => CO 541

1 Tout associé, même s'il n'a pas la gestion, a le droit de se renseigner personnellement sur la marche des affaires sociales, de consulter les livres et les papiers de la société, ainsi que de dresser, pour son usage personnel, un état sommaire de la situation financière.
2 Toute convention contraire est nulle.

Commanditaires

CO 600 III

[Le commanditaire] a le droit de réclamer une copie du compte de résultat et du bilan et d'en contrôler l'exactitude en consultant les livres et les pièces comptables, ou de remettre ce contrôle aux soins d'un expert indépendant; en cas de contestation, l'expert est désigné par le juge.



IV. Entrée et sortie

Cf. SNC

V. Fin de la société

1. Dissolution

1.1. Causes de dissolution

Cf. SNC :

Art. 619 CO

1. Les dispositions régissant la société en nom collectif sont applicables à la dissolution et à

la liquidation de la société en commandite [...].

2. Si un commanditaire est déclaré en faillite ou si sa part dans la liquidation est saisie, les dispositions concernant les associés en nom collectif s'appliquent par analogie. Toutefois, la société n'est pas dissoute par la mort ou la mise sous curatelle de portée générale d'un commanditaire.

2. Liquidation

2.1. Procédure de liquidation

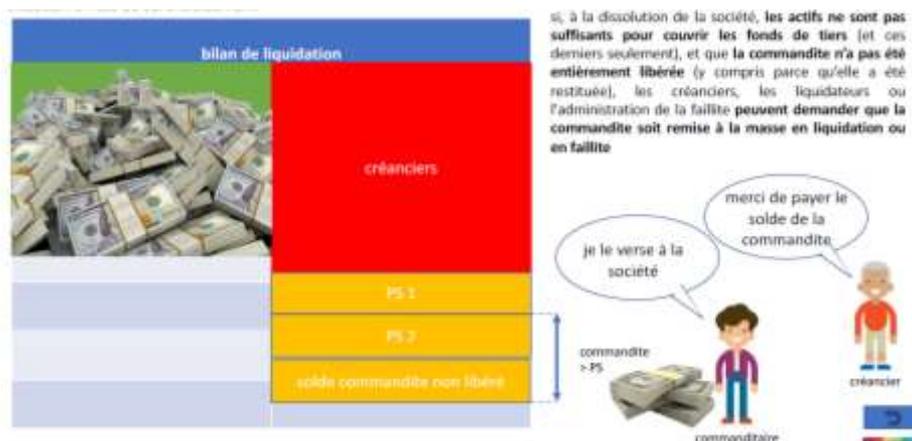
Cf. SNC (art. 619 al. 1 CO)

Des particularités se présentent en présence de sociétés surendettées, lorsque la commandite n'a pas été entièrement libérée.

2.2 En cas de surendettement - Liquidation externe

Principe

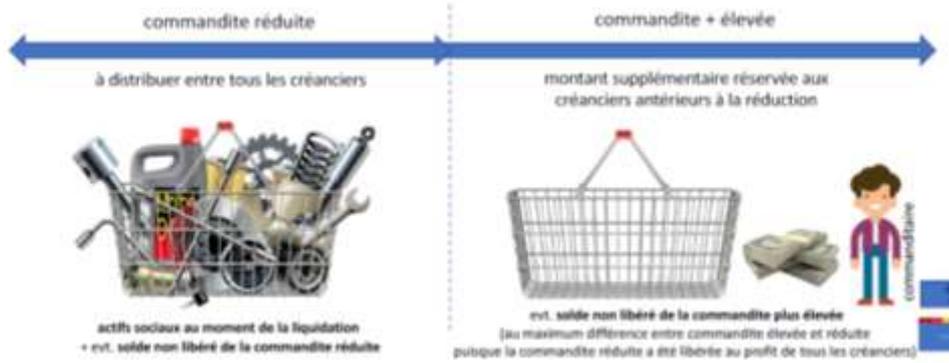
Si, à la dissolution de la société, **les actifs ne sont pas suffisants pour couvrir les fonds de tiers (et ces derniers seulement)**, et que **la commandite n'a pas été entièrement libérée** (y compris parce qu'elle a été restituée), les créanciers, les liquidateurs ou l'administration de la faillite **peuvent demander que la commandite soit remise à la masse en liquidation ou en faillite**.



Evolution de la commandite au cours du temps

En cas de réduction (ou suppression) de la commandite (inscription au RC déterminante), seuls les créanciers antérieurs à la réduction doivent bénéficier de la commandite plus élevée.

Pour garantir que tel est le cas, il faut délimiter d'une part la masse des actifs devant profiter à tous les créanciers, d'autre part la masse des actifs – constituée d'un éventuel solde de commandite plus élevée – qui profite aux seuls créanciers antérieurs à la réduction/suppression de la commandite.



7. INTRODUCTION SA ET SÀRL

I. Importance pratique et caractéristiques générales

SA

La SA est la forme juridique la plus utilisée en Suisse. Il y a environ 218'000 SA en Suisse (début 2019). Le chiffre augmente légèrement depuis 1991. En 2018, environ 3000 SA ont été constituées.

Le droit de la SA sert de référentiel.

La société à la fonction de « bonne à tout faire ». On peut utiliser cette forme pour des PME aussi bien que pour des grandes multinationales. Le droit de la SA est le plus souple, il peut s'adapter à toutes formes de commerce et d'industrie.

Depuis la révision de 1991, le droit de la SA distingue les grandes entreprises et les PME. La révision de 1991 a aussi posé des exigences plus strictes par rapport à la révision et le capital minimal. Cela a amène à l'utilisation plus marquée de la Sàrl :

SARL

Forme juridique en progression constante depuis 1991. De son introduction en 1936 jusqu'en 1991, il n'y avait que 3000 Sàrl. Au début de 2019, il y avait 198'000 Sàrl en Suisse. En 2018, environ 9'500 Sàrl ont été fondées.

Aujourd'hui on fonde donc plutôt des Sàrl que des SA. La Sàrl est la forme conçue plutôt pour des PME. Néanmoins, il y a des grandes entreprises qui sont organisées comme Sàrl (p. ex. : Caterpillar).

La Sàrl est peu/pas adapté lorsqu'il y a beaucoup d'associés. La LFus permet cependant de facilement transformer une Sàrl en SA.

Le droit de la Sàrl renvoie – de manière plus ou moins implicite – au droit de la SA.

Définitions

SA

Définition SA (P-CO 620 – approuvé par les deux Chambres)

1. La société anonyme est une société de capitaux que forment une ou plusieurs personnes ou sociétés commerciales. Ses dettes ne sont garanties que par l'actif social.

1^{bis}. Les actionnaires ne sont tenus que des prestations statutaires.

+ Cette nouvelle disposition paraît bizarre aux yeux de la professeure. Jusqu'à maintenant, les obligations statutaires étaient exclues. Or, le droit public imposait deux obligations aux actionnaires :

- Obligation de libérer le capital
- Obligations de transparence

2. Est actionnaire quiconque détient au moins une action de la société.

Sàrl

Art. 772 CO - Définition Sàrl

1. La société à responsabilité limitée est une société de capitaux à caractère personnel que forment une ou plusieurs personnes ou sociétés commerciales. Son capital social est fixé dans les statuts. Ses dettes ne sont garanties que par l'actif social.

2. Chaque associé détient au moins une part sociale du capital. [**Lien obligatoire entre sociétariat et détention d'une part sociale.**] Les statuts peuvent prévoir l'obligation, pour les associés, d'effectuer des versements supplémentaires ou de fournir des prestations accessoires. [= i.e. obligations statutaires permises]

Caractère personnel

- Il y a des obligations plus étendues que pour la SA, notamment un devoir de fidélité.
- Les statuts peuvent prévoir des obligations. De plus, le caractère personnel de la Sàrl prévoit que les associés peuvent refuser une personne qu'ils ne veulent pas dans leur sociétariat
- Le sociétariat va de pair avec l'obligation de gérer (*Selbstorganshaft*)
 - o C'est du droit dispositif, la majorité des Sàrl ont adopté un système de *Drittorganshaft*

II. Différences et points communs de la SA et la Sàrl

1. Principaux points communs

Société (mais société unipersonnelle admise)

Statuts : obligatoires. Toute société doit avoir des statuts. La loi prévoit des exigences minimales quant au contenu des statuts. La loi prévoit qu'il faut avoir une disposition statutaire pour déroger à certains points du régime *ex lege* (cf. arts. 627 et 776a CO).

Capital (divisé en actions ou en parts sociales)

Responsabilité exclusive de la société pour les dettes sociales

- + Le droit de la Sàrl permet de prévoir un régime de versements supplémentaires. Il ne s'agit jamais d'une responsabilité envers les créanciers, mais uniquement vers la société.

Sociétariat lié à la détention d'au moins une action ou part sociale

2. Principales différences

Droits et obligations des associés

- Obligation légale de fidélité des associés SARL (inexistant dans SA)
- Obligations statutaires des associés permis dans SARL/exclu dans SA

Organisation de la société

- identité associés-gérants (*Selbstorganshaft*) SARL (droit dispositif)/ organe de gestion élu (*Drittorganshaft*) SA

III. Systématique du CO

1. La SA dans le CO

Dernière grande révision date de 1991 (précédente 1936); depuis 1991, nombreuses modifications mineures

I. Dispositions générales (capital, actions, statuts + fondation)

II. Droits et obligations des actionnaires

- + (droit au bénéfice, obligation de libérer les actions, transfert des actions, droit de vote, droit à l'information; obligation de transparence)

III. Organisation de la société (AG, CA, OR)

IV. Réduction du capital-actions

V. Dissolution de la société

VI. Responsabilité

VII. Participation de corporations de droit public

VIII. Institutions de droit public non soumises au CO

(env. 215 articles)

1.1. Révisions

A. Révision importante du droit de la SA en cours

Projet révision 23.11.2016*

Initialement, la révision a été initiée en fin 2005, mais péripéties dues à l'initiative Minder sur les rémunérations abusives

B. Autres modifications avec une influence sur le droit de la SA :

- Modification du droit du registre du commerce (adoptée, entrée en vigueur ? ; peu de dispositions concernées)
- LF du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, en vigueur depuis le 1er novembre 2019 (RO 2019 3161; FF 2019 277).

1.2. Règles importantes applicables aux sociétés cotées

Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORab du 20 novembre 2013, RS 221.331)

L'ORab change toute une série des dispositions dans le CO. Elle était adoptée suite à l'acceptation de l'initiative Minder. Elle restera en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau droit de la SA.

2. La SARL dans le CO

La Sarl n'existait pas dans le Co de 1881. Elle était introduite lors de la révision de 1936.

Le droit de la Sarl est souvent révisé « par renvoi » lors de la révision du droit de la SA . Tel était par exemple le cas en 1991. Cette dernière révision a amené à la « découverte » de la Sarl. La révision du droit de la SA qui est actuellement en cours va aussi toucher le droit de la Sarl par renvoi.

Le droit de la Sarl à proprement parler a été révisé par la modification du CO du 16 déc. 2005 (entrée en vigueur 1.1.2008).

Structure

- I. Dispositions générales
- II. Droits et obligations des actionnaires associés
- III. Organisation de la société
- IV. Réduction du capital-actions
- V. Dissolution et départ de la société
- VI. Responsabilité
- VII. Participation de corporations de droit public
- VIII. Institutions de droit public non soumises au CO

Structure du cours

- Partie I : Les statuts (i.e. la « constitution » d'une SA/SARL)
- Partie II : Le capital
- Partie III : Le pouvoir dans la SA et la SARL
- Partie IV : La protection des actionnaires ou associés et des créanciers

8. LE CAPITAL

I. Notion de capital

Capital-actions et capital social

capital-actions (SA)/ capital social (SARL)

(obligatoire: cf. CO 620, 772)

« Capital » divisé en actions/parts sociales = titres de participation, confèrent le droit à une « quote-part » de la société, i.e.

- droit au remboursement de la part lors de la dissolution de la société
- droit au bénéfice (dividende, en cours de vie; excédent de liquidation (à la liquidation)
- il ne s'agit pas d'un droit de propriété, mais une liste des droits sur la société
- le droit de participer à la formation de la volonté (droit de voter à l'assemblée, divers droits liés, droit d'information, ...)

Capital-participation

(facultatif (SA), n'existe pas dans SARL; cf. CO 656a ss)

confèrent le droit à une « quote-part » de la société

- droit au remboursement de la part lors de la dissolution de la société
- droit au bénéfice (dividende, en cours de vie; excédent de liquidation (à la liquidation)
- ne confèrent **pas** le droit de participer à la formation de la volonté, mais seulement quelques droits sociaux limités (ex. droit limité d'information)

Dans la SA : capital-actions + capital-participation = capital (social)

Définition du capital

Le capital est un montant fixe, qui est :

- inscrit au passif du bilan (CO 959a II ch. 3a)
- inscrit dans les statuts (CO 626 ch. 3, CO 776 ch. 3)
- inscrit au registre du commerce (ORC 45 I lit. h, 73 al. 1 lit. h ; cf. aussi réquisition au RC)

Le capital est divisé en actions/parts sociales qui ont une « valeur nominale » (CO 620, 772).

Le montant minimum du capital est de CHF 100'000 pour la SA (CO 621) et de CHF 20'000 pour la SARL (CO 773). En revanche, il n'y a pas de montant maximum du capital.

Délimitation du capital et de la valeur d'une société

Le capital est un poste comptable faisant partie des fonds propres. Le capital ne correspond pas à la valeur de la société, pas plus que la valeur nominale d'une action ne correspond à la valeur d'une action

Exemple :

La valeur nominale d'une action Nestlé est de CHF 0,1. La valeur boursière d'une action était de CHF 101,62 le 3 décembre.

1. Capital initial et apports

1.1. Cas classique : capital initial corresponde aux apports

Le capital initial correspond généralement, mais pas toujours, au montant des apports. Dans ce cas, on dit que les actions (qui composent le capital) sont libérées « au pair ». On demande aux sociétaires d'apporter autant des apports que la valeur nominale des actions/ parts sociales qu'on va leur remettre.

Bilan d'ouverture classique :

	actifs	passifs	
actifs	50'000	50'000	capital
total	50'000	50'000	total

Autre exemple : apport d'une entreprise

Apport d'une entreprise (cf. art. 5 bis statuts P. SA)

Madame Isabelle C a fait apport, à la société P SA en formation à Genève, de la totalité de l'actif et du passif de la raison individuelle P Mme C, ayant son siège à Genève (CH-660-0042984-7), par transfert de patrimoine, selon les articles 69 et suivants de la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine.

Cet apport a été effectué sur la base d'un inventaire détaillant les actifs et passifs de l'apporteuse, au trente et un décembre deux mille sept. La valeur totale du patrimoine transféré représente, selon le bilan arrêté au trente et un décembre deux mille sept :

un actif de	Fr.	2'501'636.71
un passif envers les tiers de	Fr.	616'891.14
soit un actif net de	Fr.	1'884'745.57

Cet apport a été accepté pour le prix de un million huit cent quatre-vingt quatre mille sept cent quarante-cinq francs et cinquante-sept centimes (Fr. 1'884'745.57), montant imputé sur le capital-actions à concurrence de trois cent mille francs (Fr. 300'000.-). Madame Isabelle C restant créancière envers la société pour un montant de un million cinq cent quatre-vingt quatre mille sept cent quarante-cinq francs et cinquante-sept centimes (Fr. 1'584'745.57).

un actif de	Fr.	2'501'636.71
un passif envers les tiers de	Fr.	616'891.14
soit un actif net de	Fr.	1'884'745.57

Madame Isabelle C restant créancière envers la société pour un montant de un million cinq cent quatre-vingt quatre mille sept cent quarante-cinq francs et cinquante-sept centimes (Fr. 1'584'745.57).

bilan d'ouverture P. SA

	actifs	passifs	
actifs	2'501'636.71	616'891.14	créances div.
		1'584'745.57	créance C
		300'000	capital
total	2'501'636.71	2'501'636.71	total

$$FS = 2'501'636.71 - (616'891.14 + 1'584'745.57) = 300'000.00$$

i.e. le montant net apporté à la société correspond à la valeur nominale du capital qui a été libéré « au pair »

L'entité antérieure a été apporté à la nouvelle société P SA. CHF 1'584'745.57 restent dans la propriété de Mme C, ils sont donc une créance de la société vers C. Les CHF 300'000 restants sont ce que la société reçoit « pour elle ». Les actions sont libérées « au pair », car l'apport de CHF 300'000 correspond exactement au montant du capital.

1.2. Autres cas :

Lors de la fondation, il peut arriver que les apports soient plus importants que le montant du capital.

Le bilan d'ouverture suivant montre un capital de CHF 20'000, le capital minimal d'une SARL. Lors de la fondation de cette société, les associés ont apporté CHF 50'000.

	actifs	passifs	
actifs	50'000	20'000	capital
		30'000	« agio »
total	50'000	50'000	total

Quand on apporte à la société un montant plus important que le capital (nouvellement créé), on dit que les actions (nouvellement) émises sont libérées « au-dessus du pair ». Si les actions sont émises au-dessus du pair, le montant du capital ne correspond pas aux apports des actionnaires.

La différence entre la valeur des apports et le montant du capital s'appelle un agio. L'agio doit être inscrit en tant que tel dans le bilan de la société.

Lors de la fondation d'une nouvelle société, ce cas est plutôt l'exception. En revanche, lorsque le capital est augmenté en cours de vie sociale, il arrive fréquemment que les actions soient émises au-dessus du pair.

2. Modification du capital

Le capital est en principe un montant fixe. Il peut être changé, mais uniquement au terme d'une procédure compliquée d'augmentation ou de réduction :

2.1. Augmentation du capital

Pour la SARL

La seule manière de changer le montant du capital est d'entreprendre une procédure dite augmentation ordinaire (art. 781 CO). L'augmentation ordinaire se fait par une décision de l'Assemblée des associés (AA), modifiant les statuts.

Pour la SA

Il y a trois procédures qui permettent d'augmenter la valeur du capital d'une SA :

1. Augmentation ordinaire (art. 650 ss CO, décidée par l'assemblée générale (AG).

2. Augmentation autorisée (CO 651 ss)

L'augmentation autorisée suppose premièrement une clause dite de « capital autorisé » dans les statuts. Cette clause autorise le conseil d'administration à augmenter, dans une seconde étape, le capital de la société.

Une clause de capital autorisé permet au conseil d'administration de lever rapidement des fonds, par exemple en cas d'une acquisition d'une autre entreprise. L'AG ne doit plus intervenir pour l'augmentation, le conseil d'administration peut agir seul.

3. Augmentation conditionnelle (art. 653 ss CO)

Une augmentation conditionnelle suppose une clause dite de « capital conditionnel » dans les statuts qui autorise les titulaires de droits d'option ou de conversion à augmenter le capital de la société.

Des droits d'option sont souvent remis à un travailleur de la société. En remettant l'option au travailleur, on lui permet de demander d'acquérir une nouvelle action de la société, s'il le souhaite et si les conditions sont remplies. Le cas échéant, il faudra créer cette action. En exerçant son droit d'option, le travailleur augmente le capital social.

Les obligations convertibles sont des *bonds* qui sont émis aux créanciers. Les créanciers obligataires ont le droit d'échanger l'obligation contre une action nouvellement créée. Là aussi, l'exercice du droit de conversion augmente le capital de la société.

L'augmentation du capital a lieu au moment d'exercice du droit d'option ou de conversion. Le RC est rectifié tous les trois mois.

2.2. Réduction du capital

Uniquement une réduction « ordinaire ». cf. CO 732 ss et CO 782.

⚠ révision des règles sur la modification du capital SA en cours

2.3. Exemples

A. Augmentation autorisée

Exemple de clause de capital autorisé adoptée le 29.4.1993 par UBS
cité in JT 1996 I 162, 163/164

« Le conseil d'administration est habilité à augmenter le capital-actions jusqu'au 30 avril 1995 à raison d'un montant maximal de 200 millions de francs par l'émission de 1 666 666 actions au porteur au maximum, à libérer entièrement pour une valeur nominale de Fr. 100.-- chacune, et de 1 666 670 actions nominatives au maximum, à libérer entièrement, pour une valeur nominale de Fr. 20.-- chacune (actions à droit de vote privilégié). Une augmentation par montants partiels est autorisée. Les nouvelles actions nominatives sont soumises aux restrictions de transfert selon le § 3a des statuts. Le prix d'émission, le moment du droit au dividende et la nature de l'apport seront déterminés par le conseil d'administration.

Ces actions sont destinées à être proposées aux actionnaires actuels. Le conseil d'administration est toutefois autorisé à exclure le droit préférentiel de souscription des actionnaires et d'attribuer les actions à des tiers en cas d'acquisition d'une entreprise ou de parties d'entreprises ou de participations à une entreprise, ou en cas du placement d'actions aux fins du financement de telles transactions. Les actions pour lesquelles un droit préférentiel de souscription est accordé mais n'est pas exercé sont à la disposition du conseil d'administration, qui les utilise dans l'intérêt de la société. »

B. Augmentation conditionnelle

Exemple de clause de capital conditionnel (Nestlé SA, art. 3bis)

Art. 3bis al. 1 des Statuts :

«Le capital-actions de Nestlé peut être augmenté d'un montant ne pouvant dépasser CHF 10'000'000 (dix millions de francs suisses) par l'émission d'un maximum de 100'000'000 actions nominatives d'une valeur nominale de CHF 0.10 chacune, entièrement libérées, par l'exercice de droits de conversion et/ou d'option octroyés en relation avec l'émission, par Nestlé ou l'une de ses filiales, d'obligations d'emprunt convertibles, d'obligations assorties de droits d'option ou d'autres instruments du marché financier (nouveaux ou déjà émis). »

3. Fonctions du capital

3.1. Le capital comme instrument de protection des créanciers

Les sociétés de capitaux sont des personnes morales. Les créanciers traitent donc directement avec la société. Ils ont le droit de revendiquer le paiement de leurs créances de la part de la société. En revanche, il n'y a aucune responsabilité, ni primaire, ni subsidiaire des associés d'une SARL ou une SA.

Afin de protéger les créanciers, le législateur a prévu des mesures :

- 1) **Assurer que la société dispose d'une base financière suffisante**
- 2) **Prévoir des mécanismes pour mettre fin à l'aventure lorsque les intérêts des créanciers sont en jeu**
- 3) **Équilibre entre intérêts des associés et protection des créanciers**
 - Si on séparait complètement la société des associés, on leur interdisant de toucher les biens dans la société, les créanciers étaient protégés. Mais les associés veulent un retour sur leur investissement. Il faut donc trouver un équilibre entre le droit des associés de prélever des moyens de la société et de la protection des créanciers. Il faut assurer un retour sur investissement aux actionnaires sans léser les créanciers.

3.2. Le capital comme instrument de répartition des droits des associés

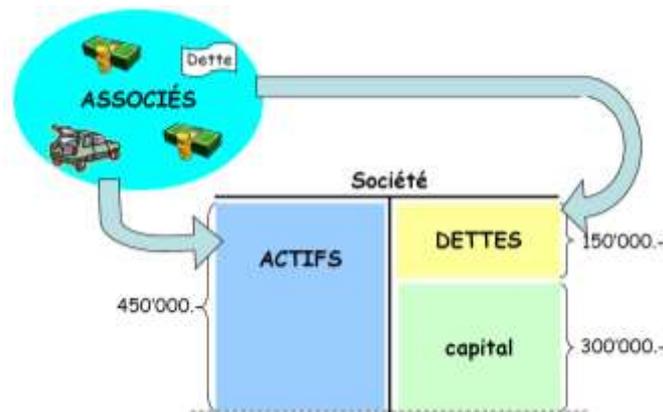
Le capital joue aussi un rôle dans la répartition des droits des associés.

4. Structure des prochains cours :

- II. **Règles sur le « pay-in »** applicables lors de la fondation de la société et de l'augmentation du capital. Le but de ces règles est d'assurer que la société dispose d'une base financière suffisante. Elles servent donc à la protection des créanciers.
- III. **Répartition des droits entre les associés**
 - en particulier, la problématique du droit préférentiel de souscription lors de l'augmentation du capital
- IV. **Règles sur le « pay-out »** (réserves légales, dividendes, rachat d'actions ou parts sociales propres, réduction du capital)
 - protection des créanciers (2) assurer un retour sur investissement aux actionnaires ou associés sans léser les créanciers:
- V. **Obligations du conseil d'administration, des gérants et de l'organe de révision en cas de surendettement**
 - protection des créanciers (3) prévoir des mécanismes pour mettre fin à l'aventure lorsque les intérêts des créanciers sont en jeu:

II. Règles sur le « Pay-in »

L'objectif est qu'une société reçoive suffisamment des moyens de la part des actionnaires/associés pour exercer son activité. Le but des règles sur le pay-in est ainsi de s'assurer que les associés remettent à la société des apports substantiels (i.e. actifs ou actifs + dettes) à hauteur d'une valeur minimum.



Les règles sur le Pay-in

1. règles sur la souscription
2. règles sur le prix d'émission
3. règles sur la libération du capital
 - 3.1. apport minimum
 - 3.2. modes de libération

1. Règles sur la souscription

Bases légales : CO 629, CO 630//CO777, CO 777a

La souscription est l'engagement des actionnaires/associés d'acquiescer les actions et de payer, c'est-à-dire de faire des apports.

Art. 629 CO

1. La société est constituée par un acte passé en la forme authentique [...]
2. Dans cet acte, **les fondateurs souscrivent les actions** et constatent que:
 1. **toutes les actions ont été valablement souscrites** [c'est-à-dire qu'on ne peut pas émettre des actions sans apport correspondant]
 2. **les apports promis correspondent au prix total d'émission**
 3. [...]

Pour la Sàrl cf. art. 777 CO – texte identique, sauf « actions » remplacé par « parts sociales »

L'obligation de souscription est une obligation particulière. L'obligation ne peut pas être soumise à des conditions (obligation inconditionnelle) et elle est irrévocable :

Art. 630 ch. 2 CO

Pour être valable, la souscription requiert:
[...]

2. l'engagement inconditionnel d'effectuer un apport correspondant au prix d'émission.

(n'est pas rappelé dans 777a CO, mais applicable par analogie)

Tout cela vaut aussi pour les bons de participation

Art. 656a al. 2 CO

Toutes les dispositions relatives au capital-actions, à l'action et à l'actionnaire sont applicables au capital-participation, au bon de participation et au participant à moins que la loi n'en dispose autrement.

Dans les slides, il y a un exemple d'un acte de fondation d'une SA

2. Règles sur le prix d'émission

Art. 624 CO/ 774 al. 2 CO

SA : « Les actions ne peuvent être émises qu'au pair ou à un cours supérieur. [...] »

Sàrl : « Les parts sociales doivent être émises à leur valeur nominale au moins. »

Une émission « au pair » veut dire que les actions sont émises à la valeur nominale. Si on les émet à un cours supérieur, c'est-à-dire que les souscripteurs apportent plus que la valeur nominale des action, on parle d'émission « au-dessus du pair »). Une émission au-dessus du pair engendre un agio. L'agio est le montant de la différence entre la valeur d'émission (= prix demandé pour ces actions lors de leur émission) et la valeur nominale.

Puisqu'on ne peut pas émettre des action en-dessous de valeur nominale, un agio négatif (disagio) est **interdit**.

Émission au pair			Émission au-dessus du pair				
Actifs	500'000	500'000	Capital	Actifs	1'000'000	500'000	Capital
						500'000	Agio (RIK)

L'objectif ici est de couvrir entièrement le capital nouvellement émis.

Exemple : P SA

bilan d'ouverture P. SA

	actifs	passifs	
actifs	2'501'636.71	616'891.14	créances div.
		1'584'745.57	créance C
		300'000	capital
total	2'501'636.71	2'501'636.71	total

$$FS = 2'501'636.71 - (616'891.14 + 1'584'745.57) = 300'000.00$$

si C n'avait pas conservé une créance à l'encontre de P SA...

	actifs	passifs	
actifs	2'501'636.71	616'891.14	créances div.
		300'000	capital
		1'584'745.57	« agio »
total	2'501'636.71	2'501'636.71	total

$$FS = 2'501'636.71 - 616'891.14 = 1'884'745.57$$

au pair

au dessus du pair

3. Règles sur la libération

Libérer le capital veut dire exécuter l'obligation de souscription.

3.1. Apport minimum

A. SA

Art. 632 CO

1. Lors de la constitution de la société, les souscripteurs doivent avoir libéré 20 % au moins de la valeur nominale de chaque action.

2. Dans tous les cas, un montant de 50 000 francs au moins doit être couvert par les apports effectués.

Exemple : libération à 20%

Bilan EX SA			
Actifs apportés	100'000	500'000	Capital
Créance contre actionnaires	400'000		

N.B : si le capital de la société est inférieur à CHF 250'000, il faut libérer plus que 20% (20% de CHF 250'000 sont CHF 50'000), afin d'avoir le minimum de CHF 50'000.

La créance contre les actionnaires subsiste en cas de faillite de la société.

Cf. l'art. 5 des statuts de P SA : « Le capital actions est... entièrement libéré. »

B. Sàrl

Dans la SARL c'est très simple : il faut immédiatement et entièrement libérer les parts sociales auxquelles on a souscrit.

Art.777c al. 1 CO

Lors de la fondation de la société, un apport correspondant au prix d'émission doit être libéré pour chaque part sociale.

3.2. Modes de libération

Règles sur ce qu'on peut apporter à la société pour libérer le capital. La loi énumère exhaustivement les modes de libération admises. Tous les autres apports, notamment les apports en usage ou en industrie ne sont pas autorisés.

Apports possibles :

- A. apports en espèces (CO 633)
- B. apports en nature (CO 628, 634, 635, 635a, 652e, 652f, 652g + déclaration 1 pour le registre du commerce: 43 al. 1 lit. h ORC; ORC 45 II)
- C. compensation de créances (CO 634a II, 635, 635a, 652e, 652f, ORC 43 I. lit h et 45 II)
- D. incorporation de réserves (seulement en cas d'augmentation du capital CO 652d, 652e, 652f, ORC 46 III, 48 I lit. i)

Pour la Sàrl : application de ces règles par renvoi des art. 777c al. 2 CO, art. 781 CO et art. 73 al. 2 ORC)

A. Apport en espèces

Art. 633 CO

1. Les apports en espèces doivent être déposés auprès d'un établissement soumis à la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne et être tenus à la disposition exclusive de la société. [Le dépôt doit se faire lors de la signature de l'acte constitutif].

2. Cet établissement ne remet cette somme qu'après l'inscription de la société au registre du commerce.

Le législateur a prévu un système de consignation. Les apports à une société sont versés sur un compte de consignation auprès d'une banque. La banque ne libère les fonds qu'une fois la société a été constitué. Cela assure que les actionnaires / associés versent bien le montant à lequel ils ont souscrit.

Le projet de révision prévoit qu'on peut avoir son capital en monnaie étrangère et libération en monnaie étrangère.

B. Apport en nature

Objet possible (cf. art. 634 P-CO, actuellement dans une directive concernant l'ORC)

Qu'est-ce qui est susceptible d'être apporté ?

L'objet d'un apport doit réunir les conditions suivantes :

1. il peut être porté à l'actif du bilan (on doit pouvoir préciser la valeur) ;
2. il peut être transféré dans le patrimoine de la société :
 - Donc pas des restrictions légales ou contractuelles à l'utilisation
3. la société peut en disposer librement comme propriétaire une fois inscrite au registre du commerce, ou a le droit inconditionnel, s'il s'agit d'un immeuble, d'en requérir l'inscription au registre foncier;
4. il peut être réalisé par transfert à un tiers.

Exigences légales

1. contrat d'apport (écrit/authentique) (CO 634 ch. 1, ORC 43 al. 3 lit. a)
2. Rapport des fondateurs ou, en cas d'augmentation du capital, du conseil. Le rapport doit décrire la nature, l'état et le bien-fondé de l'évaluation des apports en nature). (CO 635, CO 652e, ORC 43 al. 3 lit. c)
3. Attestation de vérification (CO 635a, CO 652f, ORC 43 al. 3 lit. d: rapport complet et exact) Un réviseur doit vérifier la plausibilité du rapport.
4. inscription dans les statuts (CO 628 : objet et estimation de l'apport, nom de l'apporteur et actions qui lui reviennent)
 - cf. aussi la « déclaration I » pour le RC, qu'il n'y ait pas des autres apports en nature que ce qui sont mentionnés dans les statuts (ORC 43 I lit. h)
 - (cf. statuts P SA art. 5^{bis})
5. inscription au registre du commerce (ORC 45 al. 2 lit. a, 48 al. 2) (cf. extrait)
6. disponibilité de l'objet apporté dès fondation/inscription de l'augmentation (CO 634 ch. 2)

⇒ **Des exemples de ses documents se trouvent dans les slides**

B^{Due}. Reprise de biens (art. 628 al. 2 CO)

Définition : acquisition, auprès d'un actionnaire ou d'un proche d'un actionnaire, d'un bien d'une certaine importance (qui aurait pu faire l'objet d'un apport en nature) effectuée ou sérieusement envisagée dès avant la constitution de la société anonyme (inscription au registre du commerce).

La notion d'un bien d'une certaine importance dépend de deux critères.

1. **Achat ordinaire / extraordinaire :** Un achat qui rentre dans les affaires courantes de la société n'est pas soumis aux règles sur la reprise de biens / apports en nature. Ainsi, même des grands opérations (p. ex. achat d'un immeuble de CHF 2mio par une petite société immobilière avec un capital de CHF 100'000) ne sont pas des reprises de biens. En revanche, une acquisition bien plus petite, mais extraordinaire (p.ex. achat d'une voiture de CHF 50'000 par la même société) peut être une reprise de biens.
2. **Importance financière :** Selon une ancienne jurisprudence, la notion est relative à la taille de l'entreprise. Il faut donc qu'il s'agit d'une opération d'une certaine importance financière pour la société. Ce critère est moins important.

Le législateur craignait donc que les fondateurs éluderaient les règles sur les apports en nature.

Exemple d'une reprise de biens :

Étape 1 : apport en espèces

Espèces	1'000'000	1'000'000	Capital
---------	-----------	-----------	---------

Étape 2 : achat immédiat d'un immeuble

Immeuble (Appartenant à un actionnaire ou un de ses proches)	1'000'000	1'000'000	Capital
---	-----------	-----------	---------

Une reprise de bien amènerait donc à la même situation qu'on avait si l'actionnaire / associé avait directement contribué l'immeuble.

Conséquences juridiques : considéré comme apport en nature

- ⚠ suppression selon le projet de révision, les règles sur la reprise de bien sera probablement supprimé, afin de permettre aux actionnaires / associés de faire des « apports en nature » par reprise de bien.

C. Libération par compensation de créances

La libération par compensation de créances se fait plus souvent lors des augmentations de capitaux. Il peut cependant aussi se faire lors d'une fondation.

Avant augmentation du capital

Actifs	800'000	300'000	Dettes
		500'000	Capital

Après augmentation du capital

Actifs	800'000	800'000	Capital
--------	---------	---------	---------

La société à une dette envers un tiers. Le titulaire de la dette accepte d'échanger sa dette contre des actions nouvellement émises. Les conditions de la compensation (art. 120ss CC) doivent être réunies.

Doit être mentionné dans rapport de fondateurs (CO 635) et être vérifié par un réviseur (CO 635a).

D. Libération par incorporation de réserves

On n'apporte pas des moyens supplémentaires à la société, mais on va puiser dans les réserves de la société pour augmenter le capital. La raison qu'on fait cela est pour rendre les actions plus liquides. Cette opération est avantageuse pour les créanciers, car le capital est mieux protégé que les réserves (plus difficile à retirer).

1. Avant augmentation du capital

Actifs	900'000	100'000	Dettes
		500'000	Capital
		300'000	Réserves

2. Après augmentation du capital

Actifs	900'000	100'000	Dettes
		800'000	Capital

La libération par incorporation des réserves requiert une mention spéciale dans le rapport d'augmentation établi par les gérants (art. 652e ch. 3 CO), qui doit attester de la libre disponibilité des réserves incorporées. Le rapport doit être vérifié par un réviseur agréé (art. 652f CO).

4. Sanction du non-respect des règles sur la fondation

4.1. Nullité apports en nature/reprises de bien

Si les règles de forme des apports en nature / reprise de bien n'ont pas été respectées, le transfert est nul (nullité absolue). Ainsi, le transfert de propriété n'a pas eu lieu. Il faut en principe restituer la chose.

4.2. Obligation de libérer

Peut arriver si l'apport en nature était nul ou surévalué. La société peut revendiquer que l'actionnaire libère le solde de sa souscription (art 680 al. 1 CO *a contrario*)

4.3. Responsabilité des fondateurs (CO 753)

Si, du fait de la violation des règles sur la fondation, il y a une moins-value de la société.

Qualité pour agir (cf. CO 756/757)

La personne lésée est donc la société. Mais les fondateurs sont souvent dans le conseil d'administration de la société. Ainsi, on a étendu le champ des gens ayant qualité pour agir :

Ont la qualité pour agir la société, les actionnaires et les créanciers (dans la faillite seulement).

Si un actionnaire agit, les dommages-intérêts vont dans les poches de la société.

Si un créancier agit, les règles sur la faillite s'appliquent.

Qualité pour défendre

Fondateurs au sens large, cela n'inclut pas seulement les gens qui ont souscrit aux actions, mais aussi l'organe de révision, le notaire, la banque en cas de consigne fautive etc.

Conditions de fond

Violation d'un des devoirs mentionnés à CO 753 ch. 1 à 3

Faute (négligence pour ch. 1 et 2; faute intentionnelle pour ch. 3)

Lien causalité naturel + adéquat

Dommage

4.4. Action en dissolution (art. 643 al. 3 et 4 CO)

Un créancier peut demander la dissolution, s'il y a eu des vices graves lors de la fondation.

Le délai est de trois mois. À cause de ce délai, cette action n'est jamais utilisée en pratique.

4.5. Actes faits au nom de la société en formation (CO 645)

Dans la situation que les fondateurs sont en train de fonder une société, mais font déjà des contrats.

Il y a une responsabilité personnelle de leurs auteurs, sauf acceptation du contrat par la société dans les 3 mois dès la fondation. Le cocontractant ne peut pas s'opposer à la reprise du contrat.

Délimitation CO 645/CO 628

Une reprise de bien qui est conclu avant la fondation est toujours un acte fait au nom de la société en formation (CO 645).

L'art. 645 CO s'applique cumulativement à l'art. 628 CO. C'est-à-dire qu'il y a une responsabilité de l'auteur du contrat et qu'on doit aussi respecter les règles posées par l'art. 628 CO.

III. Capital et actionnaires – Fonction de répartition

L'idée c'est que le capital est un moyen pour assurer une répartition des droits convenables entre les associés.

Structure du chapitre :

1. Valeur nominale et valeur réelle des actions/parts sociales
2. Augmentation du capital et droit de souscription préférentiel (DPS)

1. Valeur nominale

SA : Art. 620 CO

Le capital-actions est divisé en actions. Ainsi, la somme des valeurs nominales des actions = montant du capital-actions

(Bons de participation = actions sans droit de vote
Capital-actions + Capital participation = Capital social)

Sàrl : Art. 772 CO

Le capital social est divisé en parts sociales. Ainsi, la somme des valeurs nominales des PS = montant du capital social.

1.1 Le ratio valeur $\frac{\text{valeur nominale}}{\text{capital}}$ renseigne sur :

A. Le poids de vote

Règle de base pour la SA

Art. 692 al. 1 CO

1. Les actionnaires exercent leur droit de vote à l'assemblée générale proportionnellement à la valeur nominale de toutes les actions qui leur appartiennent.

Exceptions pour la SA (liste exhaustive)

Limite des voix d'un actionnaire (art. 692 al. 2 CO *in fine*)

Les actions à droit de vote privilégié (art. 693 CO)

Les clauses d'agrément (art. 685f CO) / (788 II, 799, 806 I, 806 II)

Règle de base pour la SARL

Art. 806 al. 1 CO *ab initio*

Exceptions pour la SARL (liste exhaustive)

Acceptation de l'associé en cas de succession (art. 788 al. 2 CO)

Parts sociales privilégiés (art. 799 CO)

Limite des voix d'un actionnaire (art. 806 al. 1 phr. 2 CO)

Droit de véto lié à la personne (art. 806 al. 2 CO)

B. Les droits financiers

SA : 660 I, 661; exc. 660 III et 654/656

SARL : 798, 825 I; 826 I

Le droit est un peu plus souple que le pour le droit de vote.

C. Le droit de souscription préférentiel

C'est le droit d'un actionnaire actuel d'être le premier à pouvoir souscrire un nouveau part lors d'une augmentation des capitaux. De par la loi, il est proportionnel à la valeur des actions actuellement tenues.

(652b I; exc. 652b II) / (781 V ch. 2)

D. La valeur des actions/PS

(p.r. à valeur société)

1.2. Règlementation de la valeur nominale des actions au fil du temps

L'abaissement de la valeur nominale était de diminuer des valeurs boursières, afin de permettre à chacun de participer à des sociétés.

SA

Avant 1991: CHF 100.- minimum

- (ev. réduction en dessous de cette valeur en cas d'assainissement)

De 1992 à 30.4.01: CHF 10.- minimum

- (ev. réduction en dessous de cette valeur en cas d'assainissement)

Depuis 1.5.01: CHF 0.01 minimum

- (pas de réduction en dessous de cette valeur en cas d'assainissement)

Demain : valeur nominale supérieure à CHF 0.00

- (pas de réduction en dessous de cette valeur en cas d'assainissement)

Sàrl

Avant 2008: CHF 1000.- minimum (+ 1 seule part/associé)

Depuis 1.1.2008: CHF 100.- minimum (plusieurs parts par associé admis)

- (jusqu'à CHF 1.- en cas d'assainissement)

1.3. Valeur « réelle »

La valeur d'une action est difficile à déterminer. La valeur réelle qu'on utilise dans ce cours est la valeur de substance (fortune sociale). Cette valeur ne doit pas correspondre à la valeur boursière, voire des autres méthodes de calcul.

Calcul de la fortune sociale

$$Fortune\ sociale = Actifs^* - Fonds\ de\ tiers^*$$

* Pour calculer la fortune sociale, il faut utiliser la valeur réelle des actifs. Sauf indications contraire dans l'énoncé, on peut partir de l'idée que la valeur comptable est la valeur réelle. En revanche, si on a des indications quant à un accroissement de valeur ou des amortissements excessifs, il faut le prendre en compte. La même chose vaut pour des provisions excessives.

Autre formule :

$$Fortune\ sociale = Capital + Réserves\ (y\ compris\ réserves\ latentes) - Pertes$$

Calcul de la valeur d'une action ou part sociale

Explication 1 : Calcul de la valeur réelle de CHF 1 de valeur nominale, multiplié par la valeur nominale des actions considérées

$$\frac{FS}{K} \times Valeur\ nominale\ des\ actions\ considérées$$

Explication 2 : Multiplication de la valeur réelle par la fraction du capital détenu dans la société.

$$FS \times \frac{\text{Valeur nominale des actions considérées}}{K}$$

La formule est la même pour les deux explications.

2. Augmentation du capital

2.1. SA

Augmentation ordinaire 650 + 652ss CO

1. Décision de l'AG
2. Exécutée par le CA

Augmentation autorisée (651 + 652ss CO)

1. Autorisation de l'AG
2. Décision du CA
3. Exécutée par CA

Augmentation conditionnelle (653ss CO)

1. Droit de souscription ou droit de conversion accordé par l'AG aux obligataires (droit de souscription aussi pour travailleurs)
2. décision du créancier de souscrire les actions ou de convertir son obligation en action

2.2. SARL

Augmentation ordinaire uniquement (CO 781 CO)

1. décision de l'AA
2. exécutée par les gérants

3. Droit préférentiel de souscription

3.1. Principe

Le droit préférentiel de souscription (DPS) est le droit pour l'actionnaire / l'associé qui est en place au moment d'une augmentation de capital de souscrire les nouvelles actions / parts sociales (PS) au *pro rata* de sa participation antérieure. Le but c'est qu'on puisse maintenir sa position relative dans la société.

Art. 652b al. 1 CO – Droit de souscription préférentiel

1. Tout actionnaire a droit à la part des actions nouvellement émises qui correspond à sa participation antérieure.

Les règles quant à la SA s'appliquent aussi à la SARL, par renvoi de l'art. 781 al. 5 ch. 2 CO.

Il s'agit d'un droit et pas d'une obligation. Aucun actionnaire n'a donc l'obligation de souscrire les actions nouvellement émises. Pour la SA, cette règle est du droit impératif (art. 680 al. 1 CO). Pour la SARL, l'obligation de souscrire des parts sociales lors d'une augmentation du capital peut être conçue comme prestation accessoire dans les statuts (art. 796 CO).

Le droit de la SARL connaît aussi l'institution des versements supplémentaires, qui permet de demander des fonds dans une société qui va mal. En cas d'assainissement de la SARL, il faut passer par les versements supplémentaires. Il est exclu de passer par l'obligation de souscription à ce moment-là (art. 796 al. 4 CO).

3.2 Exception – Suppression du DPS

Le DPS n'est pas absolu, la prévoit des exceptions, mais à des conditions strictes. Le renvoi de l'art. 781 al. 5 ch. 2 CO, qui renvoie au droit de la SA pour la SARL, est applicable aux exceptions aussi.

Art. 652b al. 2 CO – Exception au DPS

2. La décision prise par l'assemblée générale d'augmenter le capital-actions ne peut supprimer le droit de souscription préférentiel que pour de justes motifs. Sont notamment de justes motifs: l'acquisition d'une entreprise, ou de parties d'entreprise ou de participations à une entreprise ainsi que la participation des travailleurs. Nul ne doit être avantagé ou désavantagé de manière non fondée par la suppression du droit de souscription préférentiel.

A. Conditions formelles

1. Décision ponctuelle

Uniquement possible par rapport à une augmentation déterminée. On ne peut prévoir des exceptions de manière générale dans les statuts.

2. Décision de l'assemblée générale

Décision à la majorité qualifiée (selon art. 704 ch. 6 CO)

En cas d'augmentation autorisée, l'AG peut déléguer l'autorité de prévoir des exceptions au conseil d'administration (ATF 121 III 219, JdT 1996 I 162, *UBS c. BK Vision*). Il faut que l'AG ait suffisamment défini les conditions dans lesquelles le conseil d'administration peut prévoir des exceptions. L'autorisation doit aussi être prise à la majorité qualifiée. Cette jurisprudence n'est pas applicable à la SARL.

Conditions matérielles:

1. « Justes motifs »

Sont des justes motifs l'acquisition d'une entreprise ou la participation des travailleurs. Il faut des « bonnes raisons » (critère objectif). En revanche, un besoin absolu n'est pas nécessaire.

2. Nul ne doit être avantagé ou désavantagé par la suppression/limitation du DPS

On ne peut pas avantager / désavantager des actionnaires existants (cf. *Desagio infra*)

+ conditions générales (art. 706 al. 2 CO)

Égalité entre les actionnaires (sauf pour des raisons pertinentes)

Proportionnalité (intérêt de la société, moyen apte à l'atteindre et proportionnel au sens étroit)

Interdiction de l'arbitraire (largement inclus dans l'intérêt de la société sous l'angle de la proportionnalité et dans les « justes motifs »).

Majeure

Lors d'une augmentation de capital, « [t]out actionnaire a droit à la part des actions nouvellement émises qui correspond à sa participation antérieure » (art. 652b al. 1 CO). L'assemblée générale peut cependant déroger à ce principe pour des justes motifs.

À teneur de l'art. 652b al. 2 CO : « Sont notamment de justes motifs: l'acquisition d'une entreprise, ou de parties d'entreprise ou de participations à une entreprise ainsi que la participation des travailleurs. Nul ne doit être avantagé ou désavantagé de manière non fondée par la suppression du droit de souscription préférentiel ». La notion de juste motif fait allusion à des « bonnes raisons » (critère objectif). En revanche, un besoin absolu n'est pas nécessaire. Or, puisque nul ne doit être avantagé ou désavantagé, les nouvelles actions doivent être émises à leur valeur réelle (« au-dessus du pair »). Il ne peut d'ailleurs pas s'agir d'actions à droit de vote privilégié. Cela ressort aussi du fait que le respect de l'égalité de traitement non justifié est une condition de validité de toute décision d'une assemblée générale (art. 706 al. 2 ch. 3 CO). Or, comme toute décision d'une assemblée générale, la suppression du droit de souscription préférentiel doit être proportionnel (art. 706 al. 2 ch. 2 CO). Il découle du principe de la proportionnalité que la société avoir un intérêt à la suppression du droit de

souscription préférentiel. Or, la suppression doit être apte à atteindre l'intérêt poursuivi et la mesure doit être dans un rapport raisonnable avec ledit intérêt (proportionnalité au sens étroit). Il s'ensuit qu'il faut agir de la manière la moins dommageable possible. Finalement, la décision ne peut pas être arbitraire.

L'assemblée générale ne peut supprimer le droit de souscription préférentiel que pour une augmentation déterminée (décision ponctuelle).

En cas d'augmentation autorisée, l'AG peut déléguer l'autorité de prévoir des exceptions au conseil d'administration (ATF 121 III 219, JdT 1996 I 162, *UBS c. BK Vision*). Il faut que l'assemblée générale ait suffisamment défini les conditions dans lesquelles le conseil d'administration peut prévoir des exceptions.

La décision de l'assemblée générale doit être prise par une majorité qualifiée de « deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité absolue des valeurs nominales » (art. 704 al. 1 ch. 6 CO).

3.3. Nul ne doit être désavantagé – En détail

X. SA avec des actions avec une valeur nominale de CHF 100. On fait une augmentation « au pair », c'est-à-dire d'émettre des actions pour une valeur nominale égale au capital apporté par les nouveaux souscripteurs. En l'espèce, le prix de souscription pour une nouvelle action est donc de CHF 100.

A. Le problème

<u>S. SA avant augmentation du capital</u>				<u>S. SA après augmentation du capital</u>			
Actifs	500'000	200'000	Dettes	Actifs	500'000	200'000	Dettes
		100'000	Capital		+100'000	100'000	
		200'000	Réserves			+100'000	Capital
						200'000	Réserves
Calcul Fortune sociale :				Calcul Fortune sociale :			
Actifs – Fonds de tiers				Actifs – Fonds de tiers			
500'000 – 200'000 = <u>300'000</u>				600'000 – 200'000 = <u>400'000</u>			
ou				ou			
Capital + Réserves – Pertes				Capital + Réserves – Pertes			
100'000 + 200'000 = <u>300'000</u>				200'000 + 200'000 = <u>400'000</u>			
Calcul valeur d'une action				Calcul valeur d'une action			
$\frac{FS}{K} \times val. nom. = \frac{300'000}{100'000} \times 100 = 300$				$\frac{FS}{K} \times val. nom. = \frac{400'000}{200'000} \times 100 = 200$			

L'action individuelle perd donc de valeur. Si les anciens actionnaires souscrivent aux nouvelles actions proportionnellement à leur participation antérieure, cela n'a aucune incidence. La « perte » qu'ils font sur leurs anciens actions est équilibré par le gain sur les nouvelles.

Mais si on est face à une suppression du DPS, l'actionnaire ancien subirait une perte financière et en proportion de participation. Pendant qu'on ne peut pas éviter la perte en droits de vote relatifs, le législateur voulait éviter la perte financière. C'est exactement cela que veut dire « nul ne doit être désavantagé ».

B. La solution – L'agio

On prévoit un agio. Les actions ne vont pas être émises au pair, mais en dessous du pair. On demande les souscripteurs d'apporter plus, afin de permettre de maintenir le rapport entre la valeur nominale et la valeur réelle de chaque action.

$$\frac{FS_{\text{Avant augmentation}}}{\text{Capital}_{\text{ancien}}} = \frac{\text{Valeur de l'apport qu'il faut demander aux nouveaux actionnaires}}{\text{Valeur nominale des actions nouvelles}}$$

S. SA avant augmentation du capital

Actifs	500'000	200'000	Dettes
		100'000	Capital
		200'000	Réserves

Calcul Fortune sociale :

$$\text{Actifs} - \text{Fonds de tiers} \\ 500'000 - 200'000 = \underline{300'000}$$

ou

$$\text{Capital} + \text{Réserves} - \text{Pertes} \\ 100'000 + 200'000 = \underline{300'000}$$

Calcul valeur d'une action

$$\frac{FS}{K} \times \text{val. nom.} = \frac{300'000}{100'000} \times 100 = \mathbf{300}$$

S. SA après augmentation du capital

Actifs	500'000	200'000	Dettes
	+300'000	100'000	Capital
		+ 100'000	
		200'000	Réserves
		+ 200'000	

Calcul Fortune sociale :

$$\text{Actifs} - \text{Fonds de tiers} \\ 800'000 - 200'000 = \underline{600'000}$$

ou

$$\text{Capital} + \text{Réserves} - \text{Pertes} \\ 200'000 + 400'000 = \underline{600'000}$$

Calcul valeur d'une action

$$\frac{FS}{K} \times \text{val. nom.} = \frac{600'000}{200'000} \times 100 = \mathbf{300}$$

C. Disagio interdit

L'art. 652b al. 2 CO ne protège pas les souscripteurs des nouvelles actions. En cas de capital sous-couvert, la loi impose même de désavantager les actionnaires nouveaux, en interdisant d'émettre des actions en dessous du pair.

S. SA avant augmentation du capital

Actifs	300'000	200'000	Dettes
		200'000	Capital
		-100'000	Pertes

Calcul Fortune sociale :

$$\text{Actifs} - \text{Fonds de tiers} \\ 300'000 - 200'000 = \underline{100'000}$$

ou

$$\text{Capital} + \text{Réserves} - \text{Pertes} \\ 200'000 - 100'000 = \underline{100'000}$$

Calcul valeur d'une action

$$\frac{FS}{K} \times \text{val. nom.} = \frac{100'000}{200'000} \times 100 = \mathbf{50}$$

S. SA après augmentation du capital

Actifs	300'000	200'000	Dettes
	+100'000	200'000	Capital
		+ 100'000	
		-100'000	Pertes

Calcul Fortune sociale :

$$\text{Actifs} - \text{Fonds de tiers} \\ 400'000 - 200'000 = \underline{200'000}$$

ou

$$\text{Capital} + \text{Réserves} - \text{Pertes} \\ 300'000 - 100'000 = \underline{200'000}$$

Calcul valeur d'une action

$$\frac{FS}{K} \times \text{val. nom.} = \frac{200'000}{300'000} \times 100 = \mathbf{66.6}$$

Dans cette situation, les anciens actionnaires ont gagné, parce que leurs actions deviennent plus valables. En revanche, les nouveaux actionnaires perdent, car leurs actions – avec une valeur nominale de CHF 100, ne valent que CHF 66.6. Néanmoins, on ne peut pas prévoir un prix d'émission plus bas que la valeur nominale (art. 624 / art. 774 al. 2 CO).

Ainsi, on est **obligé de désavantager** les nouveaux actionnaires !

D. Autre cas d'application...

De la conditions « nul ne doit être avantagé ou désavantagé... ». Un actionnaire existant va toujours perdre en poids de vote lors d'une augmentation de capital avec suppression de DPS.

En revanche, on ne peut pas supprimer le DPS pour émettre actions à droit de vote privilégié au profit du nouvel actionnaire. Cela aggravait en fait le désavantage pour l'actionnaire existant d'une manière disproportionnée.

3.4. Violation des règles sur le DPS

Puisque la suppression des DPS relève d'une décision de l'AG, il faut agir en annulation de la décision devant le juge. La base légale de l'annulation est CO 706/CO 808c.

L'annulation du juge aurait un effet *ex tunc*. Il s'agit d'une décision cassatoire qui aura un effet *erga omnes*.

Si la décision provient du CA (exception en cas d'augmentation autorisée), il n'y a pas de base légale pour une annulation. Le seul moyen est l'action en responsabilité (art. 754ss CO). Cela ne renverse pas l'augmentation de capital, mais oblige le CA de réparer le dommage du demandeur.

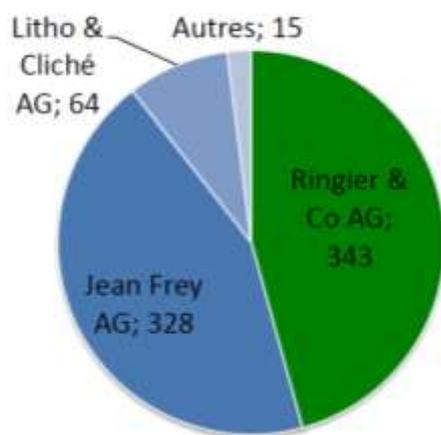
Exceptionnellement on peut dire qu'il y a nullité de la décision (art. 714 CO).

3.5. ATF Ringier – lésion de l'actionnaire sans suppression du DPS

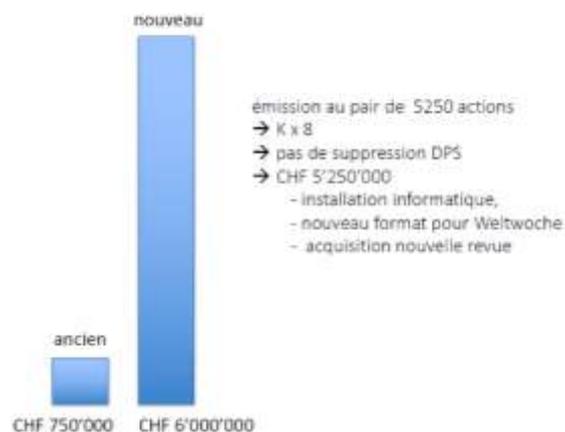
État de fait

À l'origine se trouve une société X. SA, dont les actionnaires étaient Jean Frey SA, Litho & Cliché SA, Ringier et quelques autres. L'AG décide de fortement augmenter le capital. En fait, le capital a été augmenté par le facteur 8. L'AG décide de ne pas supprimer les DPS. Les nouvelles actions étaient émises au pair. La relation entre les actionnaires était très tendue.

Répartition des actions



augmentation du capital



Bilan de la société (reconstitué après ATF) après augmentation :

	Actif		Passif	
+ Trésorerie	5'250'000	750'000 + 5'250'000 = 6'000'000		Capital
Autres actifs (net)	2'650'000	1'875'000		Réserves
Total	7'875'000	7'875'000		Total

Influence sur la valeur des actions :

Avant l'augmentation : <ul style="list-style-type: none">- Valeur nominale CHF 1'000- Valeur réelle ~ CHF 3'500	Après l'augmentation : <ul style="list-style-type: none">- Valeur nominale CHF 1000- Valeur réelle ~ CHF 1'300
--	---

Situation de Ringier

Ringier avait donc le choix de souscrire de nouvelles actions (à un coût de CHF 2'401'000) ou de perdre CHF 743'000 et son poids de vote dans sa société.

Sans souscription de nouvelles actions au pair

	Valeur avant	Valeur après	Perte
343 actions	~ 1'200'500	~ 457'000	743'000
Influence	46 %	6 % (343 / 6000)	40 points de pourcentage

Avec souscription de nouvelles actions

	Valeur des actions	Influence	Espèces
343 actions	~ 1'200'500	46 %	
2744 actions	~ 3'601'500	46 %	- 2'401'000

Solution au problème

La société a besoin de CHF 5'250'000. La valeur réelle des anciennes actions était d'environ CHF 3475. Ringier argumentait qu'on devrait augmenter le capital au-dessus du pair, à un montant qui corresponde à la valeur réelle des actions.

Combien d'actions à la valeur réelle pour recevoir CHF 5'250'000 ?
 $5'250'000 / 3500 \sim 1500$

⇒ augmentation du capital : 1500 actions x 1000 (v.n.) = 1'500'000

Situation de Ringier si on adopte cette solution

Sans souscription de nouvelles actions au pair

	Valeur avant	Valeur après	Perte
343 actions	~ 1'200'500	~ 1'200'500	0
Influence	46 %	15 % (343 / 2250)	- 31 points de pourcentage

Avec souscription de nouvelles actions

	Valeur des actions	Influence	Espèces
343 actions	~ 1'200'500	46 %	
2744 actions	~ 3'601'500	46 %	- 2'401'000

Action en annulation

Ringier invoquait :

- violation principe d'égalité de traitement
 - o l'augmentation de capital a un effet différent pour le minoritaire qui est placé devant le choix souscrire pour CHF 2.4 mio ou de perdre CHF 740'000 que pour l'actionnaire majoritaire.
- lésion du droit au bénéfice et produit de liquidation
- abus de droit

Considération du TF

Égalité de traitement

Le TF défend une vision formelle : tous les actionnaires sont traités également puisque le DPS maintenu pour tous

Droit aux réserves - lésion droit au bénéfice et produit de liquidation ?

- Pas de droit au maintien du montant du capital
- Pas de droit au maintien de la part relative dans la société
- Pas de droit à ce que les décisions de l'AG n'influent pas sur l'expectative des actionnaires à une part du bénéfice net et du produit de la liquidation.

Abus de droit - besoin de fonds qu'un « prétexte » ?

En l'espèce, motifs pour l'augmentation considérés valables par le TF.

Développement ultérieur

La doctrine a commencé à considérer qu'une société a l'obligation d'agir de la manière la moins dommageable (principe de proportionnalité).

D'abord, le TF refuse de reconnaître ce principe (Ringier, 99 II 55). Puis, il laisse ouverte la question dans l'ATF 117 II 290 (*Canes, Nestlé*). Enfin, dans un *obiter dictum* dans l'arrêt *UBS/BK Vision* (ATF 121 III 219), le TF qu'il y a une obligation d'agir de la manière la moins dommageable.

Le premier cas d'application concret pour augmentation du capital est l'arrêt 4A_531/2017 du 20.02.2018 (accent mis sur dilution de droit de vote et non dilution financière).

En 1991, lors de la révision du CO, l'art. 706 al. 2 ch. 3 CO a été introduit :

Art. 706 al. 2 ch. 3 CO : « entraînent pour les actionnaires [...] un préjudice non [justifié] par le but de la société »

Projet de révision: art. 652b II i.f. déplacé à 652b IV :

Nul ne doit être avantagé ou désavantagé de manière non fondée par la suppression ou la limitation du droit de souscription préférentiel ou **par la fixation du prix d'émission.**

IV. Règles sur le « Pay-Out »

1. Remarques préliminaires - Réserves

1.1. Notion de réserves légales

Les réserves légales sont des **postes au passif** du bilan. Elles doivent être créées dans certaines circonstances prévues par la loi. De plus, les réserves légales ne peuvent être supprimées (dissous) que dans les conditions prévues par la loi.

Historique légale

Une histoire législative compliquée...

Décembre 2007 : message concernant la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable

Février 2008 : initiative populaire « contre les rémunérations abusives »

Décembre 2008 : message relatif à l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives » qui modifie le projet de déc. 2007

Courant 2009 : afin de permettre au parlement d'avancer plus vite avec un contre-projet indirect à l'initiative Minder, scission du projet (droit comptable devient le « projet 2 »)

Décembre 2011 : adoption du droit comptable (entrée en vigueur 2015/2016)

Mars 2012 : Adoption d'un contre-projet indirect à l'initiative Minder, mais pas de position commune sur l'initiative
 3 mars 2013 : adoption initiative Minder (contre-projet indirect tombe)
 Janvier 2014 : entrée en vigueur ORAb
 Novembre 2016 : (nouveau) message sur la révision du droit de la société anonyme
 Juin 2018 : examen du projet et décision du CN
 Décembre 2108 : CE renvoie projet à sa commission...

1.2. Terminologie

La loi de la SA parle de réserve générale, pendant que la loi comptable distingue les réserves issues du bénéfice (RIB) et les réserves issues du capital (RIK).

Désignation	Article	Nom selon droit comptable	Nom selon droit de la SA
Première attribution	671 al. 1 CO	RIB	Réserve générale
Deuxième attribution	671 al. 2 ch. 3 CO	RIB	Réserve générale
Agio	671 al. 2 ch. 1 CO	RIK	Réserve générale
Bénéfice déchéance	671 al. 2 ch. 2 CO	RIK	Réserve générale

1.3. Réserve issue du bénéfice : 1^{ère} attribution (671 I CO)

Conditions cumulatives :

- RIB + RIK < 20% du capital-actions
- exercice bénéficiaire (cf. compte PP => bilan)

Conséquence : attribution à la RIB de 5% du bénéfice annuel (i.e. créer un poste passif RIB ou augmenter le poste RIB existant d'un montant équivalent à 5% du bénéfice annuel)

Majeure : L'art. 671 al. 1 CO dispose que : « 5 % du bénéfice de l'exercice sont affectés à la réserve générale jusqu'à ce que celle-ci atteigne 20 % du capital-actions libéré ». Le terme réserve générale désigne les réserve issues du bénéfice (RIB) et les réserves issue du capital (RIK). L'attribution de l'art. 671 al. 1 CO – la première attribution à la RIB – suppose une exercice bénéficiaire. En revanche, il n'importe pas si une perte reporté subsiste sur le bilan. Or, lorsque les réserves (RIB + RIK) dépassent la moitié du capital, aucune attribution n'est nécessaire (cf. art. 671 al. 3 CO).

Exemple

La société X. SA a un bénéfice de CHF 200'000 (produits – charges = CHF 200'000)

Actif		Passif	
Actifs	1'200'000	500'000	Prêt banque
		500'000	Capital
		200'000	Bénéfice

En l'espèce, la société n'a pas encore des réserves. La première condition est donc remplie. Or, il y a un bénéfice de CHF 200'000. La deuxième condition est donc remplie.

Par conséquent, la société doit attribuer 5% de son bénéfice à des réserves issues du bénéfice (5% de CHF 200'000 = CHF 10'000). La société doit donc créer un poste RIB au passif. Il s'agit d'une permutation de passifs C'est-à-dire qu'il y aura CHF 10'000 moins de bénéfices sur le bilan, mais un poste RIB pour un montant de CHF 10'000 apparait :

Actif		Passif	
Actifs	1'200'000	500'000	Prêt banque

		500'000	Capital
		10'000	RIB
		190'000	Bénéfice

1.4. Réserve issue du bénéfice : 2^{ème} attribution (671 II ch. 3 CO)

Conditions cumulatives :

- versement d'un dividende > 5%
- montant RIB + RIK < ½ K
 - o Cf. TF 4A_16/2015
- (l'exercice annuel peut être déficitaire)

Conséquence : attribution de 10% du montant qui dépasse les 5% ou d'une somme inférieure à ce montant lorsque celle-ci suffit pour que RIK+RIB soient portées à ½ K. (i.e créer un poste comptable au passif du bilan ou augmenter le poste existant d'un tel montant)

Majeure

L'art. 671 al. 2 ch. 3 CO prévoit une deuxième attribution aux réserves issues du bénéfice lorsqu'un dividende de plus de 5 % du capital est versé et que le montant des réserves issues du bénéfice et des réserves issues du capital cumulées n'atteignent pas encore la moitié du capital (montant RIB + RIK < ½ K). L'attribution est de 10 % du montant qui dépasse les 5% ou d'une somme inférieure à ce montant lorsque celle-ci suffit pour que RIK+RIB soient portées à ½ K.

Exemple 1

Une société présente le bilan suivant :

Actif		Passif	
Actifs	1'200'000	500'000	Prêt banque
		500'000	Capital
		300'000	Bénéfice reporté
		(- 100'000)	Perte d'exploitation

Elle décide de verser un dividende de 8% à ses actionnaires. Attention à la notion: une dividende de 8% veut dire on verse des dividendes à la hauteur de 8% du Capital.

Le dividende des donc de 8% du capital = 8% de CHF 500'000 = CHF 40'000. Ce montant disparaît donc des actifs et du bénéfice reporté:

Actif		Passif	
Actifs	1'160'000	500'000	Prêt banque
		500'000	Capital
		260'000	Bénéfice reporté
		(- 100'000)	Perte d'exploitation

Le dividende est supérieur à 5%. Un dividende de 5% serait de CHF 25'000. Il y a donc un « excès » de CHF 15'000. La première condition est donc remplie. Or, il n'y a pas des réserves, le montant de RIB + RIK est donc inférieur à ½ du Capital (2^{ème} condition remplie). Le fait que l'exercice était déficitaire ne change rien.

Il s'ensuit qu'il faut attribuer 10% de l'« excès » du dividende sur un dividende de 5%, soit CHF 1'500 à la RIB.

Actif		Passif	
-------	--	--------	--

Actifs	1'160'000	500'000	Prêt banque
		500'000	Capital
		1'500	RIB
		258'500	Bénéfice reporté
		(- 100'000)	Perte d'exploitation

Exemple 2

actifs	1'200'000.-	251'000.-	prêt banque	
		500'000.-	capital	
		200'000	RIK	
		49'000.-	RIB	
		300'000.-	bén. reporté	
		- 100'000.-	perte expl.	
actifs	1'160'000.-	251'000.-	prêt banque	dividende de 8% aux actionnaires
		500'000.-	capital	8% CHF 500'000.- = 40'000.-
		200'000	RIK	
		49'000.-	RIB	
		260'000.-	bén. reporté	RIB: 10% (dividende distribué - 5% capital)
		- 100'000.-	perte expl.	10% (CHF 40'000-25'000) = CHF 1'500.-
actifs	1'160'000.-	251'000.-	prêt banque	
		500'000.-	capital	
		200'000	RIK	
		50'000.-	RIB	
		259'000.-	bén. reporté	
		- 100'000.-	perte expl.	

mais il manque seulement CHF 1'000.- pour
RIB + RIK = ½ K → attribution CHF 1'000.-

Ici, RIB + RIK = 249'000 : ½ du capital = 250'000

Donc il faut ajouter seulement 1'000 pour atteindre le seuil.

1.5. Réserve issue du capital : par exemple l'agio (671 al. 2 ch. 1 CO)

	actifs	passifs	
actifs	2'501'636.71	436'891.34	créances div.
		300'000	capital
		1'584'745.57	= agio = RIK
total	2'501'636.71	2'501'636.71	total

1.6. Réserve de réévaluation - CO 670 P CO 725c

A. Conditions

- concerne seulement immeubles/participations
- valeur réelle dépasse coût d'acquisition/prix de revient (ou montant inférieur inscrit au bilan suite à des amortissements)
- société subissant des pertes $\geq \frac{1}{2}$ (K + réserves légales)

Conséquence

- possible de réévaluer immeuble/participation jusqu'à valeur réelle
- inscription d'une réserve légale correspondant au montant de la réévaluation

avant réévaluation

actifs div.	100'000.-	200'000.-	prêt banque
immeuble*	500'000.-	1'000'000.-	capital
		- 600'000.-	perte
total	600'000.-	600'000.-	total

*val. réelle = 1'000'000.-

après réévaluation

actifs div.	100'000.-	200'000.-	prêt banque
immeuble	1'000'000.-	1'000'000.-	capital
		500'000.-	rés. rééval.
		- 600'000.-	perte
total	1'100'000.-	1'100'000.-	total

Exemple : Achat d'Ionbox par Helvelox

Bilan Helvelox avant toute opération

Actif		Passif	
Actifs	2'000'000	1'000'000	Capital
		200'000	RIB
		800'000	Autres réserves
Total	2'000'000	2'000'000	Total

Bilan Helvelox après l'achat de IONBOX

Actif		Passif	
Actifs	2'000'000	1'000'000 + 2'000'000 = 3'000'000	(garder la proportion entre Capital et FS)
Actifs Ionbox	4'000'000	200'000	Capital
		2'000'000	RIB
		800'000	RIK (« agio »)
		800'000	Autres réserves
Total	6'000'000	6'000'000	Total

Variante : mettre dans autre réserves au lieu de RIK :

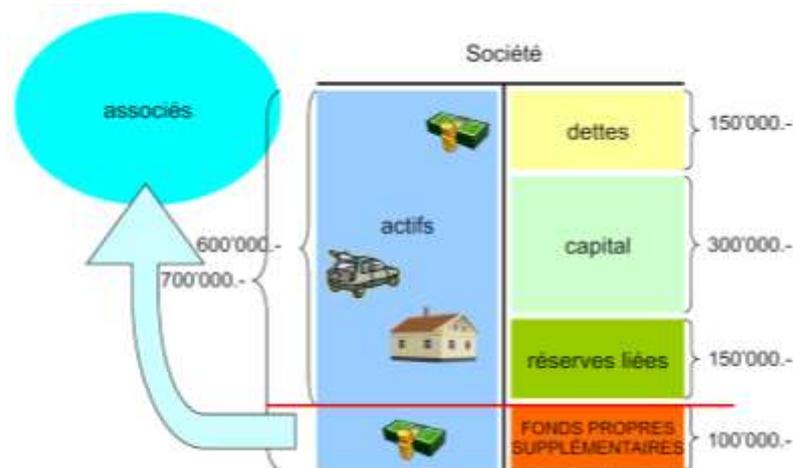
Bilan Helvelox après l'achat de IONBOX

Actif		Passif	
Actifs	2'000'000	1'000'000 + 2'000'000 = 3'000'000	(garder la proportion entre Capital et FS ou Total !?)
Actifs Ionbox	4'000'000	200'000	Capital
		1'300'000	RIB
		800'000 + 700'000 = 1'500'000	RIK (« agio »)
		800'000	Autres réserves
Total	6'000'000	2'000'000	Total

2. Introduction sur règles sur le pay-out

La société peut librement utiliser son patrimoine pour l'activité sociale.

« Le trésor de la société n'est pas le porte-monnaie des actionnaires ».
Les versements aux actionnaires (sans contrepartie réelle) sont soumis à des règles et restrictions particulières. Ces règles servent à éviter que les associés prélèvent trop des moyens. Il s'agit donc des règles de protection des créanciers.



Versements aux actionnaires/associés

Formes admises : La loi limite les formes que peuvent prendre les versements sans contre-prestation aux actions. Ce sont les formes suivantes :

- (Intérêts intérimaires) : CO 676/CO 798a
 - o Très rare en pratique. À oublier.
- Dividende : CO 675/CO 798
- Rachat d'actions/de parts : CO 659 ss/CO 783
- Réduction du capital : CO 732 ss/CO 782
- (Sortie d'une SARL?) : CO 825a
 - ⇒ à rachat/réduction (quelques aménagements)

3. Dividende

Le dividende est la manière « naturelle » pour la société de rendre des moyens à ses actionnaires / associés. Cependant, un dividende peut léser l'intérêt des créanciers d'avoir une substance suffisante dans la société. Le prélèvement des dividendes est donc réglementé.

3.1. Conditions formelles

A. Comptes

Établis par le conseil d'administration/les gérants

- (716a I ch. 6; 810 II ch. 5; 662ss CO → 959 ss CO (dès 1.1.13))

Vérifiés par l'organe de révision, sauf « opting out »

- (728a I; 729a I CO; 818 I CO → droit SA)

Approuvés par l'assemblée générale/l'assemblée des associés

- (698 II ch. 3 et 4 CO; 804 II ch. 4 et 5 CO)

En présence du réviseur si contrôle ordinaire

- (731 CO; 818 I CO → droit SA)

Excursus : Le projet admet un dividende intermédiaire, c'est-à-dire avant la clôture des comptes.

Art. 675a P-CO – Dividendes intermédiaires

1. L'assemblée générale peut décider de verser un dividende intermédiaire
2. Les comptes intermédiaires doivent être vérifiés par l'organe de révision avant que l'assemblée générale ne statue. (CN : ajouter « Il est possible de renoncer à la vérification si tous les actionnaires approuvent le versement du dividende intermédiaire »).
3. Les dispositions relatives aux dividendes s'appliquent également (art. 660 al.1 et 3, 661, 671 à 674, 675 al. 2, 677, 678, 731 et 958e).

B. Décision sur l'emploi du bénéfice

Proposition du conseil d'administration

- (716a I ch. 6 CO; 810 II ch. 5 CO)

Vérification par l'organe de révision sauf « opting out »

- (728a I; 729a I CO; 818 I CO -> droit SA)

Approbation par l'assemblée générale

- (698 II ch. 4; 804 II ch. 5 CO)
- L'AG ne peut pas décider un dividende plus important que celui proposé par la CA et approuvé par l'organe de révision

3.2. Limites matérielles de la distribution de dividendes

	droit en vigueur	Projet
Capital	680 II, 793 II CO	680 II, 793 II CO
RIK + RIB	671 III CO*	671 II ch. 4 (RIK)* 672 III -> 671 II ch. 4 (RIB)*
RAP	671a CO**	671 IV**
Rréév.	671b CO*	671 IV*

* 801 CO -> droit SA

** 783 al. 4 et 801 CO -> droit SA

A. Dividende issu du capital

Il n'est **pas** possible de verser un dividende du capital

Art. 680 al. 2 CO - SA

2. Ils n'ont pas le droit de réclamer la restitution de leurs versements.

Art. 793 al. 2 CO - Sàrl

2. Les apports libérés ne peuvent pas être restitués.

B. Dividende issu des réserves

Art. 671 al. 3 CO – (applicable aussi à la Sàrl par renvoi de l'art. 801 CO)

3. Tant que la réserve générale ne dépasse pas la moitié du capital-actions, elle ne peut être employée qu'à couvrir des pertes ou à prendre des mesures permettant à l'entreprise de se maintenir en temps d'exploitation déficitaire, d'éviter le chômage ou d'en atténuer les conséquences.

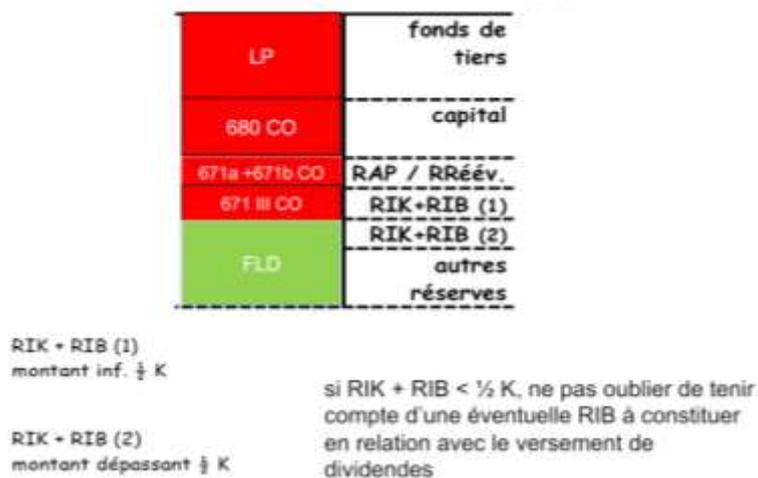
On en déduit, *a contrario*, qu'on peut utiliser les réserves générales (= RIK + RIB) pour verser des dividendes si elles sont plus élevées que la moitié du capital.

C. Autres réserves (moins importantes dans le cadre de ce cours)

Réserve pour actions propres (RAP) : art. 671a CO (pour la Sàrl, par renvoi des art. 783 al. 4 et 801 CO)''

Réserve pour réévaluation (Rréév) : art. 671b CO (pour la Sàrl par renvoi de l'art. 801 CO)

3.3. Exemple



FLD = fonds libres disponibles. On ne peut verser un dividende que sur les FLD

4. Rachat d'actions ou parts sociales propres

Pourquoi est-ce problématique ?

Pour la société, sa propre action n'a pas de valeur, sauf si on peut rapidement la revendre. Ainsi, s'il n'est pas possible de revendre l'action, la société se trouve appauvri par la transaction.

4.1. Conditions (art. 659 et 783 CO)

A. Compétence : « la société »

SA : le conseil d'administration (716 CO)
- Donc plus facile que le versement d'un dividende

SARL : gérants + AA (804 al. 2 ch. 11 + 808, 806a II CO)

B. Limites

Maximum : 10% du capital-actions d'une SA (art. 659 CO) / 10 % du capital social d'une Sàrl (art. 783 O)

Exceptions

SA : 20% en relation avec clauses d'agrément - 685b I
- (révision: *idem* 736 ch. 4 CO)

Sàrl : 35% si les parts sociales sont acquises à la suite d'une restriction du transfert ou de la sortie ou de l'exclusion d'un associé (art. 783 CO)

C. Fonds propres librement disponibles suffisants

FLD : exactement la même notion que pour les dividendes

LP	fonds de tiers
680 CO	capital
671a + 671b CO	RAP / RRéév.
671 III CO	RIK+RIB (1)
	RIK+RIB (2)
FLD	autres réserves

RIK + RIB (1)
montant inf. $\frac{1}{3}$ K

RIK + RIB (2)
montant dépassant $\frac{1}{3}$ K

Il faut avoir assez des fonds pour acheter les actions, c'est-à-dire :
 $FLD > \text{Montant des actions rachetés}$

Puisqu'on n'est pas dans une situation de clôture de comptes, ni dans la situation de versement d'un dividende, il n'y pas lieu de faire des attributions aux réserves.

4.2. Conséquences

A. Situation des actions et effet comptable

Le législateur, ne veut pas que la société se contrôle soi-même.

Art. 659a CC

1. Le droit de vote lié aux actions propres et les droits qui leur sont attachés sont suspendus.
2. ~~À raison de la détention de ses propres actions, la société affecte à une réserve séparée un montant correspondant à leur valeur d'acquisition.~~

- Cette règle est devenue inefficace suite à la révision du droit comptable. Cf. art. 959a al. 2 ch. 3 lit. e CO :
- Cette divergence entre droit de la SA et droit comptable sera éliminé par le projet, qui prévoit une règle analogue à l'art. 959a al. 2 ch. 3 lit. e CO à son art. 659a al. 4 P-CO.

Art. 959a al. 2 ch. 3 lit. e CO

2. Le passif du bilan est présenté par ordre d'exigibilité décroissante; il comporte au moins les postes ci-après, indiqués séparément et selon la structure suivante:

[...]

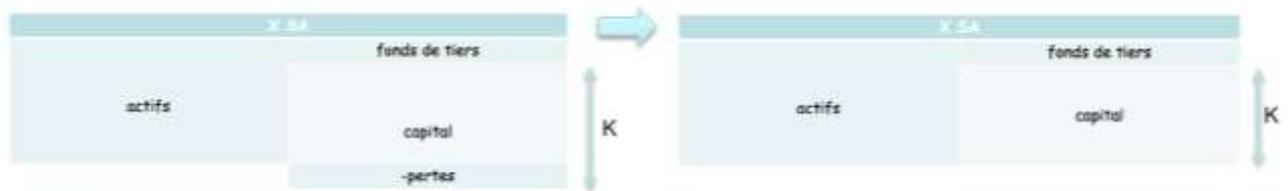
3. capitaux propres:

[...]

e. propres parts du capital, en diminution des capitaux propres [= fonds propres].

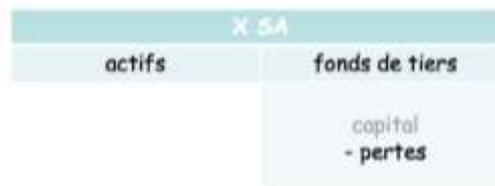
Inscription au bilan

Réduction constitutive : Il y a effectivement un pay-out. C'est-à-dire on libère effectivement des fonds propres



Toutes les réductions du capital qui ne se contentent pas de supprimer des pertes au bilan, qu'elles impliquent ou non une restitution de fonds aux actionnaires, doivent être qualifiées de réduction constitutive. Autrement dit, toute réduction du capital qui n'est pas purement une réduction déclarative est qualifiée de réduction constitutive.

5.3. Raison d'être de la réduction accordée



Dans cette situation, les actifs couvrent tout juste les fonds de tiers et la société, et donc les actions, ne valent plus rien. La réduction (déclarative) va permettre d'annuler les actions existantes (ce qui n'enlève rien à personne, puisque les actions ne valent plus rien). Lors de l'augmentation du capital, on remettra de nouvelles actions aux souscripteurs (qui peuvent être des anciens actionnaires, mais aussi des tiers) qui bénéficieront ainsi – seuls – de l'ensemble de la valeur qu'ils auront remis à la société

Si on se contentait de faire un apport à fonds perdus à la société, on aurait le même résultat au bilan au final, MAIS la valeur dudit apport se répartit entre les actionnaires existants (il n'y a pas de nouveaux actionnaires) ; dans ces conditions, il est peu probable qu'un tiers soit d'accord de faire un apport dont il ne bénéficierait aucunement; de plus si tous les actionnaires ne font pas un versement proportionnel à leur participation, certains vont s'enrichir au détriment des autres dès lors que chacun profitera des apports nouveaux proportionnellement à sa participation.

Si on ne fait qu'augmenter le capital, la perte ne disparaît en principe pas du bilan. De son côté, la valeur des apports remis à la société contre des nouvelles actions, va profiter aussi bien aux anciens actionnaires qu'aux souscripteurs. Cela ne pose aucun problème si les souscripteurs sont les anciens actionnaires et qu'ils participent à l'augmentation dans la même proportion que leur participation antérieure; dans tous les autres cas, les anciens actionnaires (ou certains d'entre eux) vont s'enrichir au détriment des souscripteurs.

5.4. Réduction constitutive simple

Le capital a la fonction de protéger les créanciers. Une réduction du capital porte donc atteinte à la sécurité des fonds des créanciers. La réduction est donc soumise à des conditions strictes.

A. Procédure

Rapport de révision par expert-réviseur agréé. L'expert réviseur doit attester que la réduction est possible et licite (SA: art. 732 al. 2 CO).

Modification des statuts par l'AG/AA sur la base du rapport, en présence de l'expert-réviseur agréé (art. 732 al. 1 et al. 2)

Avis aux créanciers (3x). Avis publié dans la FOSC, dans des intervalles de 2 semaines

- (art. 733 CO)

Après le 3^e avis, délai de 2 mois pour que les créanciers souhaitant être payés ou garantis s'annoncent.

Paiement ou octroi de sûretés. C'est la société (et pas le créancier) qui décide si elle veut payer les créances ou bien offrir des sûretés.

Acte authentique constatant respect des prescriptions (art. 734 CO)

Inscription de la réduction au RC (avec les nouveaux statuts)

- (SA: 55 ORC/Sàrl: 77 ORC à 55 ORC)

Versements aux actionnaires

NB Sàrl : art. 782 al. 4 CO renvoie au droit SA

Petites modifications à 653j - 653o P-CO : réglementation va être plus détaillée.

- Aujourd'hui, la réduction du capital est de la compétence de l'AG/AA. Dans le futur, il y aura une institution similaire à l'augmentation autorisée, ce qui permettrait au CA de faire des réductions.

B. Réduction constitutive simple - Limites matérielles (règles de fond que l'expert-réviseur doit vérifier)

On ne peut pas réduire en dessous du capital minimal de la société :

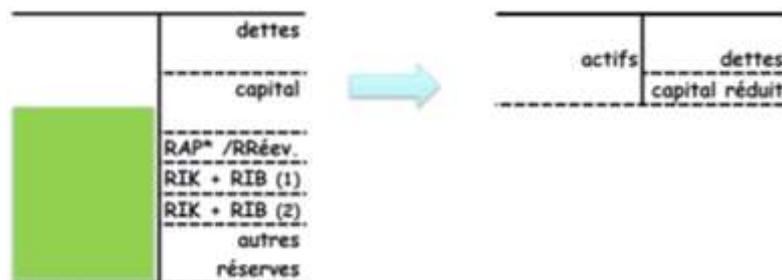
- SA: CHF 100'000.- minimum (art. 732 al. 5 CO)/
- Sàrl: CHF 20'000.- minimum (art. 782 al. 2 CO)

Les créances doivent être entièrement couvertes par le « capital-actions réduit » (art. 732 al. 2 CO). Ce texte, peu clair dans la version française, veut dire que les dettes soient couvertes nonobstant la réduction du capital-actions. C'est-à-dire que la réduction du capital ne peut pas aboutir à un surendettement.

Il est d'ailleurs interdit de faire de versements aux actionnaires qui impliqueraient la restitution du capital restant après réduction. C'est-à-dire que la réduction du capital ne peut pas amener à des pertes qui « grignotent » le capital.

Pour la Sàrl : art. 782 al. 4 CO renvoie au droit SA

C. Schéma d'un réduction constitutive simple, qui enlève le maximum possible



Lors d'une réduction constitutive simple, on peut (mais on ne doit pas) restituer aux actionnaires aussi les actifs correspondant aux réserves liées (pour la réserve pour actions propres, à condition de supprimer les actions propres – détenues par les filiales – y relatives). A l'issue de la réduction, les actifs doivent (au moins) couvrir les fonds de tiers et le capital réduit.

D. Exécution de la réduction

On peut soit annuler les actions correspondantes à la valeur réduite, ou bien on peut diminuer la valeur nominale de toutes les actions. C'est le choix de la société.

Cela vaut aussi bien pour la réduction constitutive que pour la déclaration déclarative.

5.5. Réduction déclarative simple

Sert à mettre en conformité la valeur du capital (et ainsi la v.n. des actions) avec la réalité. Puisqu'il s'agit d'une opération comptable, la procédure prévue par le législateur est moins lourde.

A. Procédure

Rapport de révision par expert-réviseur agréé (SA: art. 732 al. 2 CO)

Modification des statuts par l'AG/AA sur la base du rapport, en présence de l'expert-réviseur agréé (art. 732 al. 1 et al. 2)

~~Avis aux créanciers (3x) ; (art. 733 CO)~~

~~Délai de 2 mois pour que les créanciers souhaitant être payés ou garantis dsannoncent Paiement ou octroi de sûretés~~

~~Acte authentique constatant respect des prescriptions (art. 734 CO)~~

Inscription réduction au RC (SA: 56 ORC/Sàrl: 78 ORC)

~~Versements aux actionnaires~~

NB Sàrl : 782 al. 4 CO à droit SA

petites modifications à 653p P-CO

B. Limites matérielles (à vérifier par l'expert-réviseur)

Capital après réduction

- supérieur à CHF 100'000.- pour SA (732 al. 5 CO)
- supérieur à CHF 20'000.- pour une Sàrl (782 al. 2 CO)

Pas de surendettement (732 al. 2 CO)

Réduction ne peut dépasser pertes au bilan (735 CO)

(autrement elle aurait pour conséquence de créer des fonds libres disponibles qui pourraient ensuite être distribués aux associés)

Si versements supplémentaires prévus par Sàrl :

Il faut que la réduction ne dépasse pas les pertes qui subsistent **après** que les associés se sont entièrement acquittés de leur obligation statutaire d'effectuer des versements supplémentaires (782 al. 3 CO). On ne peut donc pas utiliser la réduction déclarative simple pour éviter que les associés fassent leurs versements supplémentaires.



L'objectif de la réduction déclarative simple est de supprimer des pertes au bilan ; elle ne doit pas nécessairement supprimer l'ensemble des pertes au bilan, mais elle ne peut en aucun cas aller au-delà de la suppression des pertes.

5.6. Réduction accordéon déclarative

On diminue le capital au minimum et ensuite on l'augmente toute de suite, au même montant qu'il avait antérieurement. Cela implique que les actionnaires /associés libèrent le montant de l'augmentation. Cette démarche permet de supprimer des pertes du bilan qui grignotent le capital. La réduction accordéon déclarative est ainsi favorable aux tiers, parce qu'il y a finalement plus des moyens dans la société

A. Procédure (732 al. 1 i.i.; 732a al. 1 CO)

Décision de réduction AG/AA

Procédure complète liée à l'augmentation

Sàrl : 782 al. 4 CO renvoie au droit SA

B. Limites matérielles

- Le capital peut être réduit jusqu'à CHF 0.-
- La réduction ne peut dépasser les pertes au bilan/pertes après versements supplémentaires (cf. réduction déclarative)
- Admis pour sociétés surendettées

Sàrl : 782 al. 4 CO renvoie au droit SA

à peu près identique :653o P-CO

6. Distributions illicites

En règle générale, l'opération est nulle



Deux voies de droit pour sanctionner la nullité

1. Restitution de l'indu
2. Responsabilité des organes

3.1. Restitution de l'indu

Permet aux actionnaires (et pas seulement au CA) de s'adresser aux gens qui ont obtenu quelque chose et leur demander de le restituer à la société.

Art- 678 CO - Restitution de prestations - En général

1. Les actionnaires et les membres du conseil d'administration, ainsi que les personnes qui leur sont proches, qui ont perçu indûment et de mauvaise foi des dividendes, des tantièmes, d'autres parts de bénéfice ou des intérêts intercalaires sont tenus à restitution.
2. Ils sont également tenus de restituer les autres prestations de la société qui sont en disproportion évidente avec leur contre-prestation et la situation économique de la société.
3. L'action en restitution appartient à la société et à l'actionnaire; celui-ci agit en paiement à la

société.

4. L'obligation de restitution se prescrit par cinq ans à compter de la réception de la prestation.

L'art. 678 al. 1 CO s'applique aux versements de dividendes ou les rachats de parts sociales qui n'ont pas respectés les règles légales. On utilise donc les formes de versement aux actionnaires prévues par la loi, par exemple le dividende, mais on viole les règles relatives à ces formes.

L'art. 678 al. 2 CO vise les cas tous les cas où on ne respecte pas les règles du « pay out », en se cachant derrière un contrat disproportionné. Plus généralement, l'art. 678 al. 2 CO vise le cas où la société fait un pay-out aux actionnaires en dehors de toute forme prévue par la loi. On parle de dividende caché.

Ont la qualité pour agir la société ou à chacun des actionnaires (art. 678 al. 3 CO).

On a le droit de rechercher les bénéficiaires des versements qui sont, de plus, des actionnaires et les membres du CA ou des personnes qui sont proches des actionnaires ou d'un membre du CA. En revanche, une prestation indu à une autre personne, par exemple un directeur qui n'est pas actionnaire, ni membre du CA ou proche d'une actionnaire ou un membre de CA ne peut être tenu de restituer la prestation par le billet de l'art. 678 CO.

Art. 678 CO se distingue de la restitution réciproque des prestation, qui serait la conséquence habituelle de la nullité. L'art. 678 prévoit une qualité d'agir des actionnaires et non seulement de la société. L'actionnaire ne doit restituer ce qu'il a reçu de la société de mauvaise foi. On protège donc un actionnaire minoritaire qui a reçu un dividende trop élevé qui ne pouvait s'en rendre compte. De plus, il y a une prescription de 5 ans. L'art. 678 CO est donc plus favorable à l'actionnaire que la règle générale.

Projet :

On ajoute le cercle des personnes qui ont la qualité de défendre : On y ajoute les personnes qui s'occupent de la gestion et les membres du conseil consultatif.

3.2. Responsabilité des organes

Permet de s'adresser aux responsables de l'opération illicite, pour qu'ils réparent le dommage causé éventuellement à la société.

Art. 754 al. 1 CO - Responsabilité / Dans l'administration, la gestion et la liquidation

1. 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.

A. Conditions

L'art. 754 al. 1 CO prévoit la responsabilité dans la gestion de la société dans les conditions suivantes : Il faut qu'un membre du CA ou un autre dirigeant ait pris une décision en violation des règles sur le pay-out. Cette décision doit avoir causé un dommage. La décision doit être dans un lien de causalité naturelle et adéquate avec le dommage.

B. Qualité pour agir

La société peut introduire l'action en son propre nom. Pour autant que la société existe les actionnaires peuvent introduire l'action (en paiement à la société). Une fois que la société est en faillite, la masse en faillite peut agir. Or, les créanciers peuvent se faire céder le droit d'agir en responsabilité.

C. Qualité pour défendre

Ont la qualité pour défendre les membres du CA ainsi que les autres dirigeants.

D. Responsabilité du réviseur

Si un réviseur manque à ses devoirs dans le cadre d'un pay-out, par exemple en n'indiquant pas aux actionnaires qu'il n'y a pas suffisamment des FLD, peut aussi être recherché.

Art. 755 al. 1 CO - Responsabilité / Dans la révision

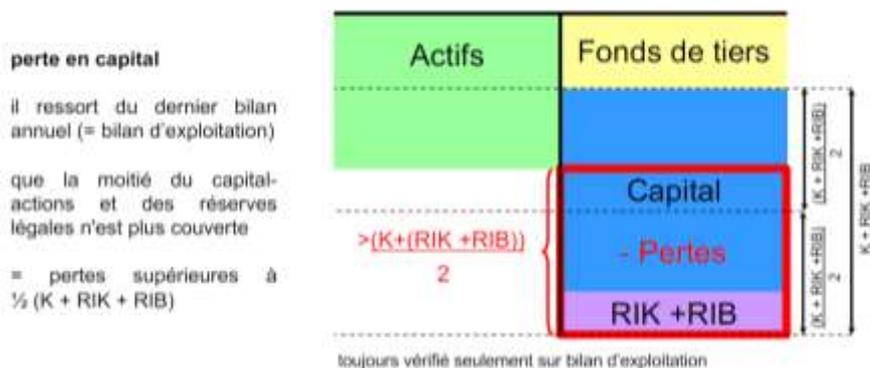
1. Toutes les personnes qui s'occupent de la vérification des comptes annuels et des comptes de groupe, de la fondation ainsi que de l'augmentation ou de la réduction du capital-actions répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur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

V. Obligations des organes en cas de perte en capital et surendettement

1. Perte en capital (art. 725 al. 1 CO)

Sàrl : 820 al. 1 CO => droit SA

1.1. Notion de perte en capital



1.2. Obligations liées à la situation des pertes en capital (art. 725 al. 1 CO)

A. Obligations du CA / des gérants

Convocation d'une AG/AA + proposition de mesures d'assainissement (CO 725 I; id SARL renvoi CO 820)

Exemples de mesures d'assainissement :

- mesures purement comptables (mesures cosmétiques)
- recapitalisation de la société (apports à fonds perdus, augmentation du capital, procédure accordéon)
- mesures de gestion (changement de politique, changement de direction, etc.)

NB: AG n'est pas obligée de suivre propositions du CA. Souvent, au niveau des compétences, le CA pourrait agir seul (par exemple remplacer la direction). Il doit quand même convoquer une AG est dire aux actionnaires ce qu'il envisage de faire.

B. Réviseur - (Contrôle ordinaire seulement)

Le réviseur qui constate que le CA/les gérants ne s'acquittent pas de leur obligation de convoquer l'AG/AA doit faire les avis au CA/gérants (CO 728c I; id. SARL renvoi CO 818) et, le cas échéant, à l'AG/AA (CO 728c II; id. SARL renvoi CO 818)

1.3. Sanctions en cas de non-respect

A. Responsabilité des membres du CA (CO 754)

Cf. l'art. 754 CO (*supra*)

En cas de violation de la loi, comme le fait de ne pas convoquer une AG/AA est un manquement aux devoirs au sens de l'art. 754 CO. Le CA/ les gérants sont donc responsables du dommage qui en découle.

En revanche, il est très difficile de rechercher les dirigeants en disant qu'ils ont pris des mauvaises décisions de stratégie. La causalité du dommage est presque impossible à établir.

B. Responsabilité de l'organe de révision (CO 755)

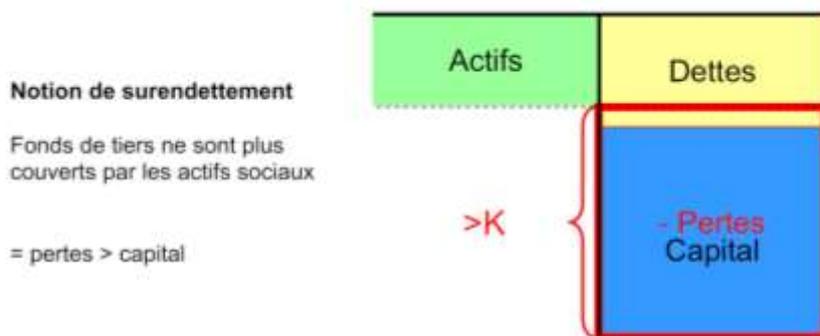
Cf. les obligations du réviseur (*supra*). Un manquement à ces obligations est une violation de la loi.

Sàrl : 827 CO renvoi au droit SA

2. Surendettement (725 al. 2 CO)

Sàrl : 820 al. 1 CO → droit SA

2.1. Notion de surendettement



NB: un surendettement est seulement relevant pour CO 725 II
s'il y a surendettement aux valeurs d'exploitation et aux valeurs de liquidation

Le surendettement est seulement pertinent pour les membres du CA (déclenche l'obligation) uniquement s'il apparaît à la fois sur le bilan d'exploitation que sur le bilan de liquidation.

2.2. Obligations liées au surendettement (art. 725 al. 2 CO)

Le législateur a mise en place une procédure en deux étapes :

A. Mesures préventives

Si raisons sérieuses d'admettre le surendettement (soupçon) :

Obligations du CA / des gérants

Doivent dresser bilan intermédiaire (aux valeurs d'exploitation et de liquidation)

- Et le faire vérifier par un réviseur agréé (CO 725 II; id SARL renvoi CO 820), même si la société n'a normalement pas de réviseur.

Réviseur (contrôle ordinaire seulement) qui constate que le CA/les gérants ne s'acquittent pas de leur obligation de dresser le bilan intermédiaire doit faire les avis au CA/gérants (CO 728c I; *idem* pour la SARL, par renvoi de l'art. 818 CO) et, le cas échéant, à l'AG/AA (CO 728c II; *idem* pour la SARL, par renvoi de l'art. 818 CO)

Sanctions en cas de non-respect

Responsabilité des membres du CA (CO 754)

Responsabilité de l'organe de révision (CO 755)

Sàrl : 827 CO → droit SA

B. si surendettement constaté sur bilan d'exploitation et de liquidation

CA/gérants

Avis au juge (dépôt de bilan), sauf postposition de créances (CO 725 II; id SARL renvoi 820)

On demande le juge de mettre la société en faillite. La société cesse ces activités courantes. On essaye désormais uniquement de liquider la société.

La loi prévoit la possibilité de demander simultanément au juge l'ajournement de la faillite si l'assainissement de la société paraît possible (le juge prend alors les mesures nécessaires à la conservation de l'actif social) (CO 725a / id SARL renvoi CO 820)

Réviseurs (contrôle ordinaire)

Le réviseur qui effectue le contrôle ordinaire et qui constate une **surendettement simple** (et pas de postposition) à l'obligation de faire un rappel des obligations art. 728c al. 1 et 2 CO (*idem* pour la SARL, par renvoi de l'art. 818 CO)

Réviseurs (contrôle ordinaire ou réviseur agréé ayant révisé le bilan intermédiaire)

En cas de **surendettement manifeste** (et pas de postposition), le réviseur doit faire soi-même l'avis au juge art. 728c al. 3 et art. 729c CO (*idem* pour la SARL, par renvoi de l'art. 818 CO). C'est-à-dire qu'en cas de surendettement manifeste, le réviseur peut directement aller au juge pour demander d'ouvrir la liquidation. Cette obligation incombe à la fois au réviseur qui effectue le contrôle ordinaire et aussi au réviseur agréé qui a révisé le bilan intermédiaire d'une société en surendettement qui a normalement un contrôle restreint.

Sanctions en cas de non-respect

Responsabilité des membres du CA (CO 754)

Responsabilité de l'organe de révision (CO 755)

Sàrl : 827 CO → droit SA

Si le CA / les gérants ne déposent pas le bilan lorsqu'ils constatent le surendettement, ils sont responsables des pertes de la société après cette date. Cela s'applique même si les pertes ne sont pas imposables au CA / aux gérants. Si par exemple, une société décide de continuer ses affaires malgré un surendettement, mais doit fermer les portes une semaine après à cause du coronavirus, on peut tenir les dirigeants responsables pour les pertes qui en résultent. La causalité est très facile à établir : si on avait déposé le bilan lorsqu'on aurait dû le faire (exécuter son obligation légale) on n'aurait plus subi des pertes à partir de cette date.

Cette action est souvent intentée en pratique. Elle est très dangereuse pour les membres du CA, les gérants et les réviseurs. Il convient donc de déposer rapidement le bilan si on constate un surendettement.

3. Postposition (art. 725 al. 2 *in fine* CO)

Sàrl : 820 al. 2 CO

Si on constate un surendettement sur le bilan d'exploitation et le bilan de liquidation, la société peut quand-même éviter de déposer le bilan. Il faut trouver des créanciers qui acceptent que

leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créanciers de la société dans la mesure du surendettement. Les créanciers forment volontiers une « quatrième classe de créanciers »

Si les dettes postposées correspondent au « surendettement », aucun créancier (non postposé) est lésé. Le législateur accepte donc qu'on renonce à la liquidation.

3.1. Notion de postposition

<p>Postposition</p> <p>les créanciers de la société acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure du surendettement (insuffisance de l'actif)</p> <p><i>tant que la société est surendettée (et qu'elle n'est pas en faillite):</i></p> <ul style="list-style-type: none">- la créance postposée n'est pas exigible <p><i>si la faillite est prononcée malgré la postposition:</i></p> <ul style="list-style-type: none">- on paie tous les autres créanciers avant	<p>Le diagramme est un tableau à deux colonnes et deux lignes. La colonne de gauche est intitulée 'Actifs' et est colorée en vert. La colonne de droite est intitulée 'Dettes' et est colorée en jaune. Une ligne horizontale pointillée sépare les deux lignes. Dans la deuxième ligne, la partie de la colonne 'Dettes' est divisée en deux sections : une section orange supérieure intitulée 'Dettes postposées' et une section bleue inférieure intitulée '- Pertes Capital'. La section bleue est entourée d'un cadre rouge.</p>
--	--

la postposition permet d'échapper à l'obligation de CO 725 II (mais la société reste surendettée)

4. Ajournement de la faillite

L'ajournement de la faillite est une autre manière d'éviter la faillite. Une société qui est en situation de surendettement doit aller déposer son bilan chez le juge. Au même temps, la société peut demander un ajournement de la faillite, si elle peut rendre vraisemblable qu'elle peut se sortir du surendettement par la continuation de ses activités.

On peut imaginer par exemple que la société ait des projets qui commencent bientôt ou des contrats importants qui vont bientôt être signés.

Le juge apprécie et décidera ensuite si on peut ajourner la faillite. Le juge prend en compte tous les intérêts en cause, mais notamment ceux des créanciers.

9. DROITS ET OBLIGATIONS DES ACTIONNAIRES ET ASSOCIÉS

I. Obligations

1. SA

Obligations prévues par la loi	Obligations découlant des statuts
<p>Libérer les actions (art. 680 CO)</p> <ul style="list-style-type: none"> - C'est la seule obligation dont l'inexécution peut conduire à l'exclusion de l'actionnaire (art. 681s CO) 	<p>C'est en principe interdit par la loi de prévoir des obligation dans les statuts. Des éventuelles dispositions (p. ex. obligation de versement supplémentaire) qui se trouvent dans les statuts sont nulles.</p> <p>Cependant, les actionnaires peuvent conclure un contrat séparé où ils prévoient certaines obligations</p>
<p>Obligations de transparence (art. 679i ss CO)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Obligation des actionnaires de s'annoncer et d'annoncer leurs ayant droits économiques - Règles de droit public, notamment en matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. 	

2. Sàrl

Quatre obligations prévues par la loi	Obligations découlant des statuts
<p>Obligations de libérer les parts-sociales (art. 777c al. 1 CO)</p> <ul style="list-style-type: none"> - lors de la fondation d'une Sàrl, il faut immédiatement et intégralement libérer les parts-sociales. 	<p>Versements supplémentaires (art. 795ss CO)</p> <ul style="list-style-type: none"> - D'après la loi, sont des versements supplémentaires toutes les obligations qui sont déclenchés par des pertes en capital.
<p>Obligations de transparence (art. 790a CO)</p> <ul style="list-style-type: none"> - cf. <i>supra</i> 	
<p>Obligation de fidélité des associés envers la Sàrl (art. 803 CO)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Le devoir de fidélité est un devoir très large. Beaucoup des composantes du devoir de fidélité peuvent être supprimés dans les statuts. - On ne peut pas supprimer l'obligation de sauvegarder le secret des affaires. 	<p>Prestations accessoires (art. 796 CO)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Par exemple droit de préemption ou d'emption - Peut aussi être une obligation de fournir des matières premières par exemple. - On peut aussi prévoir des interdictions de faire concurrence - Exemple d'une prestation accessoire financière : contribuer à une augmentation du capital pour conquérir un nouveau marché
<p>Les associés ont – <i>ex lege</i> – l'obligation de gérer la société (art. 809 al. 1 CO). On parle de <i>Selbstorganschaft</i>. Ce régime est du droit dispositif, on peut très bien passer à un régime de <i>Drittorganschaft</i>.</p>	

Délimitation entre prestations accessoires financières et versements supplémentaires : D'après la loi, sont des versements supplémentaires toutes les obligations qui sont déclenchés par des pertes en capital. Ce sont donc des versements qui ont pour but de « sauver » la société. La délimitation est surtout importante en cas de faillite, car les associés sont tenus de faire les versements supplémentaires dans ce cas.

II. Droits

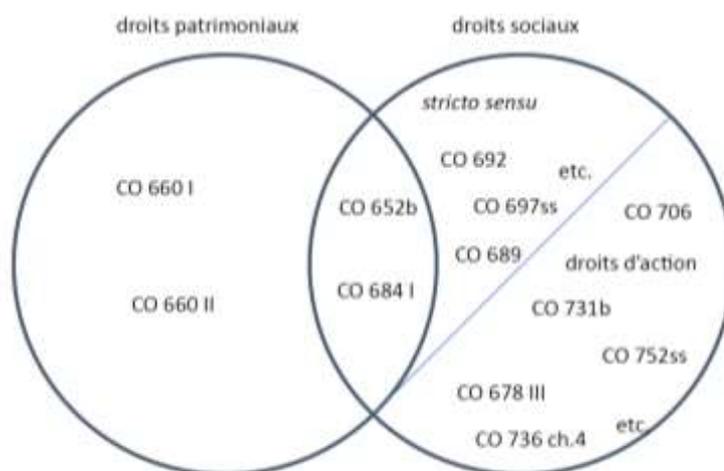
1. Classements des droits

1.1. En droits patrimoniaux et droits sociaux (pertinent pour ce cours)

Le tableau n'est pas exhaustif.

Différences Sàrl - SA

La Sàrl prévoit la possibilité pour les associés de sortir de la société (droit mixte, art. 822 CO). Les associés ont le droit (et aussi l'obligation) de gérer la Sàrl, sauf convention contraire (art. 809 al. 1 CO). Le troisième différence est que la SA connaît des contrôles spéciales qui n'existent pas pour la Sàrl (art. 697a ss).



Principales différences Sàrl:
822; 809; 697a-ss

1.2. Classements alternatifs prévus par la doctrine

A. Droit individuels vs. Droits des « grands actionnaires »

Droits qui appartiennent à chaque actionnaire individuellement par le simple fait d'être actionnaire. Le droit au renseignement est un tel droit.

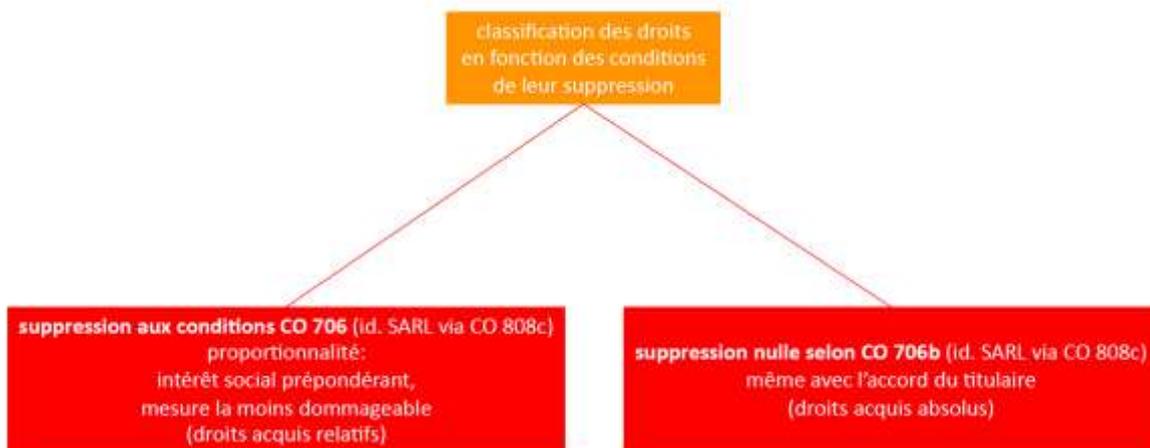
Les droits des « grands actionnaires » appartiennent aux personnes qui ont une grande participation. De fois, la loi exprime ses droits en termes de valeur nominale, mais de plus souvent en pourcentage de participation.

Exemple :

Art. 699 al. 3 [extrait] CO

3. Un ou plusieurs actionnaires représentant ensemble 10 % au moins du capital-actions peuvent aussi requérir la convocation de l'assemblée générale [et *a fortiori* inscrire un objet à l'ordre du jour]. Des actionnaires qui représentent des actions totalisant une valeur nominale de 1 million de francs peuvent requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour. [...]

B. Distinction des droits en fonction des conditions de leur suppression



2. Droits patrimoniaux

Art. 660 al. 1 et 2 CO

1. Tout actionnaire a droit à une part proportionnelle du bénéfice résultant du bilan, pour autant que la loi ou les statuts prévoient sa répartition entre les actionnaires.

2. Il a droit, lors de la dissolution de la société, à une part proportionnelle du produit de la liquidation, à moins que les statuts ne règlent autrement l'emploi de l'actif de la société dissoute.

2.1. Les trois « droits au dividende »

A. Droit à la poursuite d'un but lucratif

On peut très bien fonder une SA de but non lucratif. En revanche, on ne peut pas imposer à un actionnaire la suppression ou la limitation du but lucratif pendant la vie de la société. La suppression requiert le consentement de tous les actionnaires ou associés.

(art. 706 al. 2 ch. 4 CO ; *idem* pour la SARL via CO 808c)

En pratique, le problème se pose souvent dans les groupes de sociétés. Une société qui appartient à un grand groupe peut décider de ne plus générer elle-même un bénéfice, mais de travailler au profit de la société mère. Un actionnaire de la société fille peut agir en annulation d'une telle décision.

B. Droit au versement d'un dividende lors d'un exercice donné

Proportionnel aux versements effectués dans la SA (CO 661);

Proportionnel à val nom. parts sociales + versements supplémentaires pour la Sarl (CO 798 III)

Comment porte-t-on atteinte à ce droit ?

Le droit n'existe que lorsque les conditions sont données (notamment FLD). Une société peut « supprimer » des bénéfices en créant des réserves latentes. Cela peut restreindre le droit au versement d'un dividende. La création des réserves latentes n'est donc admise que pour assurer la prospérité à long terme (art. 960a al. 4 CO).

Lorsqu'une société constitue des réserves supplémentaires (attributions volontaires), elle doit prendre en compte l'intérêt des actionnaires, notamment le droit au dividende (CO 674; id. SARL via CO 801)

C. Droit à la créance

Après la décision de l'AG/AA

- À partir de la décision de l'AG/AA, le dividende est une créance de l'actionnaire / associée contre la société. La société ne peut donc plus unilatéralement la supprimer ou modifier.

Avant, moyennant décision statutaire claire ?

3. Droits mixtes

Droit préférentiel de souscription (art. 652b CO)

Droit au libre transfert des actions ou parts-sociales (art. 684 al. 1 CO)

4. Droits sociaux

4.1. Information des actionnaires d'une SA

En trois niveaux :

- A. Information de base
- B. Informations sur demande – Droit au renseignement
- C. Contrôle spécial

A. Information de base

La société doit fournir ces informations spontanément.

Rapport de gestion – comptes annuels + évtl. rapport annuel (CO 696)

+

Rapport de révision

B. Information sur demande

Il y a deux types d'information sur demande. Le droit au renseignement permet à l'actionnaire de demander que la société informe sur une question lors de la prochaine AG. Le droit à la consultation permet à l'actionnaire d'aller voir lui-même un document en possession de la société :

B.1. Droit au renseignement

Objet : n'importe quel fait en relation avec la société

Moment : Lors de l'assemblée générale (afin que tous les actionnaires reçoivent l'information au même temps). En pratique, demande à l'avance par écrit, réponse à l'AG.

Débiteur

- Conseil d'administration, sur les affaires de la société
- Organe de révision sur le résultat de sa vérification

Conditions

L'information doit être « nécessaire à l'exercice des droits » de l'actionnaire. Le TF dit que, lorsqu'un actionnaire raisonnable dans les mêmes circonstances pourrait avoir intérêt à l'information (intérêt objectif), l'actionnaire ne doit pas prouver un intérêt personnel. Si l'actionnaire demande une information qui n'a pas d'utilité pour un actionnaire moyen, il doit démontrer en quoi l'information est nécessaire à l'exercice de ses droits.

La société peut refuser la demande, se elle compromette le secret des affaires ou d'autres intérêts sociaux dignes de protection (art. 697 al. 2 CO). Si une information concerne le secret des affaires d'une partie tiers, la société peut toujours refuser la demande. S'il s'agit d'un secret ou d'un intérêt de la société même, elle doit faire une pesée des intérêts.

Action en justice en cas de refus (art. 697 al. 4 CO)

Pas de délai, mais un intérêt à l'information reste requis

B.2. Droit à la consultation

Objet : toute documentation écrite en possession de la société

Débiteur : Conseil d'administration

Conditions

- autorisation CA ou autorisation AG. Le CA peut renverser une autorisation de l'AG.
- Refus : s'ils compromettent le secret des affaires ou d'autres intérêts sociaux dignes de protection (CO 697 II). Le droit à la consultation est plus limité que le droit au renseignement.

Action en justice en cas de refus (CO 697 IV)

Il faut prouver que le refus de l'AG ou du CA était arbitraire

C. Contrôle spécial (art. 697a ss CO)

Renseignements spéciaux par un tiers.

Cette institution permet de répondre à un problème dans le droit au renseignement : Les actionnaires n'ont aucune obligation de fidélité envers la société. La société doit donc souvent refuser des demandes de renseignement, afin de ne pas mettre en péril le secret des affaires. Un actionnaire peut donc demander qu'un tiers, qui est soumis au secret de fonction, rédige un rapport qui permet à l'actionnaire de comprendre la situation de la société, sans divulguer des secrets.

Étapes de la procédure :

0. En tant qu'étape préalable, il faut que l'actionnaire ait demandé des renseignements au sens de l'art. 697 CO et que la demande a été refusé. Il **n'est pas** nécessaire que l'actionnaire ait agi en justice pour contester le refus (art. 697 al. 4 CO).
1. L'actionnaire doit proposer à l'AG d'instituer un contrôle spécial (art. 679a al. 1 CO). On peut faire la proposition sans qu'il faille l'inscrire à l'ordre du jour
2. Si l'AG accepte (art. 679a al. 2 CO) : action devant le juge pour que le juge désigne un contrôleur spécial (action en désignation). Le juge précise aussi la mission précise du contrôleur. La qualité pour agir incombe à la société ou à l'actionnaire.
Si l'AG refuse (art. 679b CO) : Des actionnaires représentant 10% au moins du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de 2 millions de CHF peuvent, dans les trois mois, introduire une action en institution d'un contrôleur (art. 679b al. 1 CO). Ils doivent rendre vraisemblable une violation de la loi ou des statuts qui a causé un préjudice à la société ou aux actionnaires (art. 679b al. 2 CO).
3. Le juge désigne l'expert indépendant après une audition de la société et des requérants (art. 697c CO)
4. Le contrôleur spécial effectue son contrôle dans un délai utile (art. 697d al. 1 CO). La société est tenue de collaborer avec le contrôleur spécial (art. 697d al. 2 CO). Dans le cadre de son mandat, le contrôleur peut en principe exiger de voir tous les documents.
5. Le contrôleur fait un rapport au juge. Son rapport est détaillé, mais tient compte du secret des affaires (art. 697e CO).
6. La société a ensuite la possibilité de se prononcer sur le rapport et d'indiquer si et en quoi l'autocensure du contrôleur ne suffit pas pour protéger le secret des affaires (art. 697e al. 2 CO). En cas de désaccord entre le contrôleur et la société, c'est le juge qui tranche.
7. Le rapport épuré est soumis aux requérants et la société pour une prise de position. Les requérants peuvent poser des questions supplémentaires (art. 697e al. 3 CO).
8. Le CA soumet le rapport du contrôleur à l'AG (art. 697f CO)

4.2. Information des associés d'une Sàrl

En deux niveaux :

A. Information de base

B. Informations sur demande – Droit au renseignement

Puisque le droit aux renseignements et le droit à la consultation sont beaucoup plus vastes dans le cadre d'une Sàrl, le législateur estime qu'il n'y a pas besoin d'un régime de contrôle spécial.

Les associés d'une Sàrl ont un devoir de fidélité. Le régime est donc différent :

A. Information de base

Rapport de gestion – comptes annuels + évtl. rapport annuel (CO 801a)

+

Rapport de révision

B. Information sur demande

Droit au renseignement et consultation (CO 802)

Il y a deux types d'information sur demande. Le droit au renseignement permet à l'associé de demander que la société informe sur une question lors de la prochaine AA. Le droit à la consultation permet à l'associé d'aller voir lui-même un document en possession de la société :

B.1. Droit aux renseignements

Objet : n'importe quel fait en relation avec la société

Moment : à tout moment

Débiteur : gérants

Conditions

Le droit de l'associé n'est pas soumis à des conditions. On ne peut pas lui opposer le secret des affaires, car l'associé a un devoir de fidélité. La loi prévoit possibilité de refuser les renseignements s'il y a un risque concret que l'associé utilise les informations obtenues pour des buts étrangers à la société et au préjudice de cette dernière. Il incombe à la société de démontrer que l'associé va vraisemblablement violer son devoir de fidélité.

En cas de refus :

- Recours à l'AA si refus des gérants
- Action en justice en cas de refus (CO 802 IV)

B.2. Droit à la consultation

Objet : toute documentation écrite en possession de la société

Débiteur : Gérants

Conditions (art. 802 al. 2 CO)

Société sans organe de révision : sans restrictions, l'associé peut voir tous les documents de la société

Société avec organe de révision : Il faut rendre vraisemblable un intérêt légitime

Dans tous les cas, la société a la possibilité de refuser la consultation si risque que l'associé utilise les informations obtenues pour des buts étrangers à la société et au préjudice de cette dernière.

En cas de refus :

- Recours à l'AA si refus des gérants
- Action en justice en cas de refus (CO 802 IV)

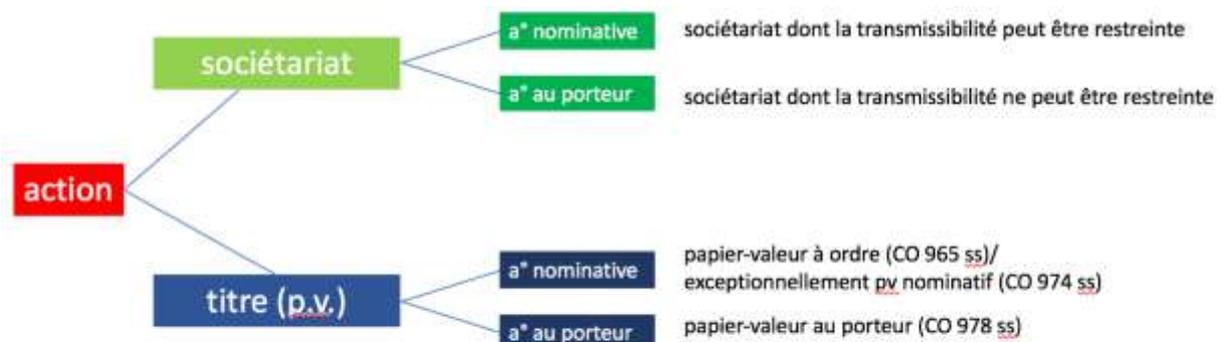
10. ACQUISITION, PERTE ET TRANSFERT DU SOCIÉTARIAT

I. Transfert dans la SA

1. Notion générales

1.1. Actions d'une SA

Les vecteurs du sociétariat dans la SA sont les actions. L'« action » à plusieurs fonctions. Premièrement, elle est synonyme de la place de l'actionnaire, soit l'ensemble des droits et obligations qui sont liés au sociétariat. Deuxièmement, l'action est un papier-valeur, un titre, qui incorpore l'ensemble des droits et obligations du sociétariat.



Autres « habits » juridiques d'une action

La loi prévoit que chaque SA émet des titres pour incorporer les droits de sociétariat. En réalité, c'est de moins en moins le cas. Beaucoup des SA n'émettent plus des titres en forme de papiers valeurs, mais tiennent uniquement un registre des actionnaires.

Les actions sont donc non-incorporées. La loi parle de droit-valeur (art. 973c CO).

L'autre manière de faire est de l'habiller l'action comme titre intermédiaire (art. 3 LTI).

La forme juridique de l'action change la forme de transfert.

⚠ Attention pour les actions non cotées

La LF sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales du 21 juin 2019 (entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2019) prévoit que les sociétés non cotées ne peuvent pas avoir des actions au porteur qui ne sont pas sous forme de titres intermédiaires. À partir du 1^{er} mai 2021, toutes les anciennes actions au porteur sont converties automatiquement en actions nominatives.

1.2. Titres intermédiaires

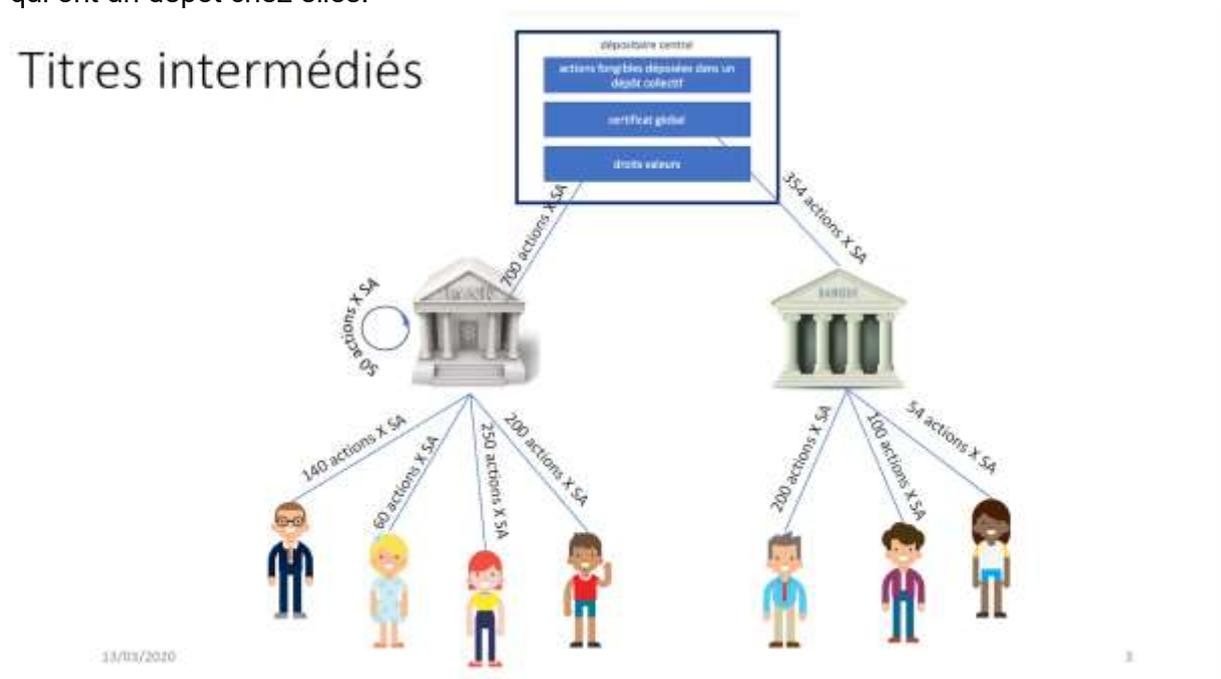
Développement chronologique. Dans un premier temps, si on voulait garder son action en lieu sûr, on allait à la banque et on déposait l'action dans un coffre. Les actions étaient donc individualisées.

Dans un deuxième temps, les banques se sont dit que les actions sont de toute façon fongibles. Les banques ont donc déposé toutes les actions de la même société dans un dépôt collectif. Sur le plan des droits réels, un actionnaire n'était plus propriétaire d'une action individuelle, mais d'une fraction du dépôt collectif.

Dans un troisième étape, les banques ont décidé de ne plus garder toutes les actions individuelles dans le dépôt collectif. Les sociétés ont donc émis un seul certificat global qui incorporait toutes les actions. Les actionnaires étaient propriétaires d'une quote-part du certificat global.

Dans un quatrième temps, on a complètement arrêté d'établir des papiers-valeurs. Les actions sont simplement des droits-valeurs. Les banques détiennent une listes des actionnaires. Dans le plan des droits valeurs. Cela a posé des problèmes sur le plan des droits réels.

Pour cette raison, le législateur a mis en place le régime des titres intermédiés. Ce régime est superposé les anciennes systèmes. Il englobe les autres solutions. On a institue des dépositaires centraux où toutes les actions, de n'importe quel type (action individuelle, certificat global ou droits-valeurs) sont déposées. Le dépositaire central distribue les droits aux banques qui sont liés à son système. Les banques distribuent les droits entre les actionnaires qui ont un dépôt chez elles.



Le régime des titres intermédiés est entre les droits réels et les droits de créance. On a la sécurité du droit d'un droit de propriétaire, mais la facilité de transférer l'action comme un droit de créance.

2. Introduction au transfert

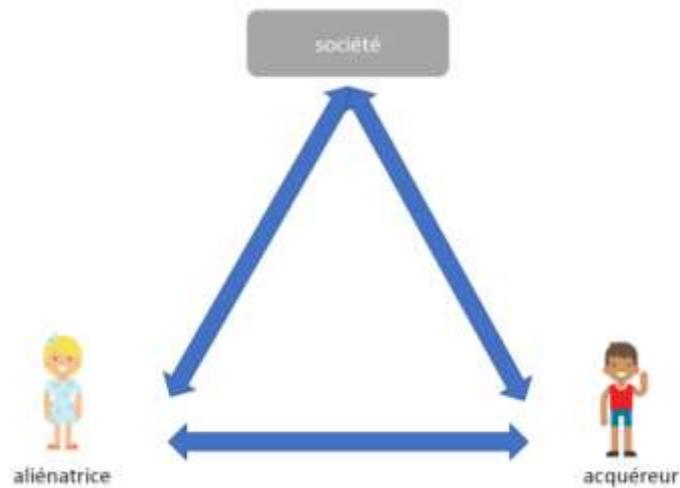
2.1. Acquisition du sociétariat

Il y a **acquisition originaire** lors de la création d'une nouvelle place de sociétariat, c'est-à-dire lors de la souscription d'actions nouvelles (lors de la fondation ou une augmentation du capital).

Il y a **acquisition dérivée** lorsqu'on acquiert la place de sociétariat d'un autre actionnaire. Cela implique un transfert de la place (p. ex. par vente, donation ou héritage). Les modes et règles du sociétariat sont le sujet de ce cours.

Acquisition dérivée = transfert du sociétariat

2.2. Structure du transfert du sociétariat



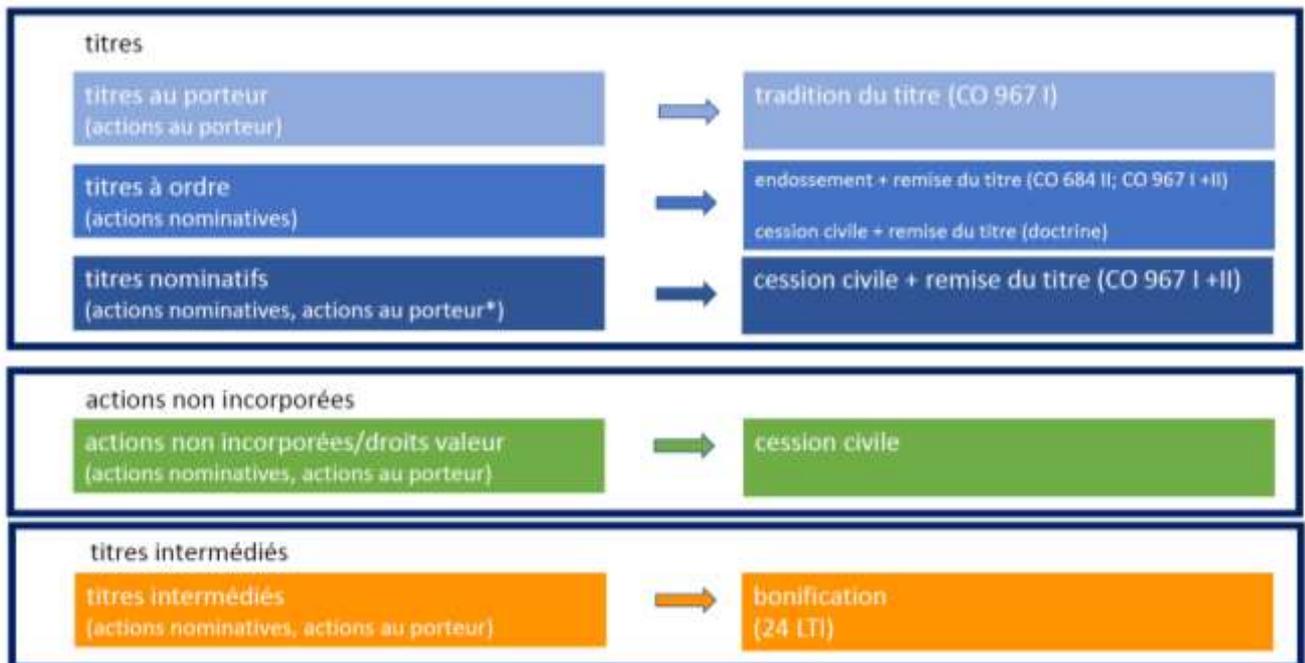
Le transfert de sociétariat implique deux relations. Premièrement la **relation horizontale** entre l'acquéreur et l'aliénateur. Deuxièmement, il y a la **relation verticale** entre la société et l'actionnaire, qui passe aussi de l'aliénateur à l'acquéreur.

Transfert spécial (stt non conventionnel; cf. aussi CO 685b IV)	transfert ordinaire (conventionnel)
<p>Relation horizontale</p> <p>Cas de figure :</p> <ul style="list-style-type: none"> - transfert pour cause de mort (CC 560), - transfert en lien avec une adjudication (LP 126, LP 258) - transfert dans le cadre d'une fusion (LFus 22), - transfert par décision judiciaire, etc... <p>Régime applicable :</p> <ul style="list-style-type: none"> - les règles spéciales applicables au type de transfert s'appliquent quel que soit l'habit juridique de l'action 	<p>Relation horizontale</p> <p>Cas de figure :</p> <ul style="list-style-type: none"> - vente, donation, etc. <p>Régime applicable :</p> <p>Le transfert de la qualité d'actionnaire dépend de :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Validité du contrat - « habit juridique » de l'action - Existence de restriction à la transmissibilité (cf. relation verticale)
<p>Relation verticale</p> <p>Voir aussi effet de restrictions statutaires à la transmissibilité d'action nominatives.</p>	<p>Relation verticale</p> <p>Restrictions à la transmissibilité</p> <ul style="list-style-type: none"> - Restrictions légales pour actions (sociétariat) nominatives <ul style="list-style-type: none"> o Ou au porteur non entièrement libérées - Restrictions statutaires pour actions nominatives

II. Transfert ordinaire

1. Relation horizontale

Il faut commencer par définir le « habit juridique » de l'action :

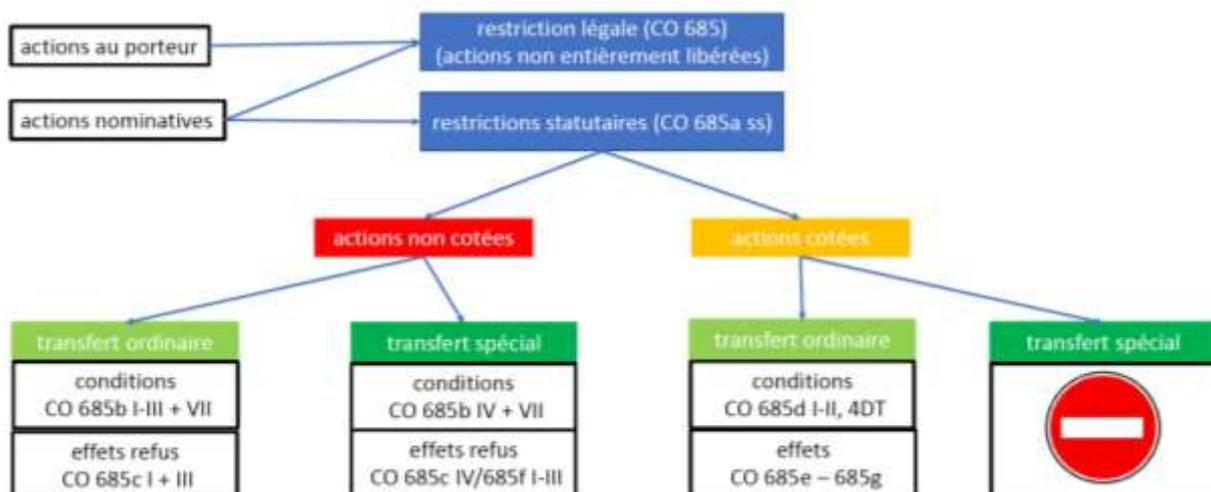


Différence entre cession civile et endossement :

Après une cession civile, les tiers peuvent opposer toutes les exceptions et objections à la personne qui reçoit les actions qu'ils auraient pu invoquer contre le cédant. Avec un endossement, ce n'est pas le cas.

2. Schéma de la relation verticale

Dans la relation verticale, des éventuelles restrictions à la transmissibilité peuvent intervenir.



3. Relations verticale UNO - Restrictions légales

3.1 Principe

Le principe fondamental en droit des sociétés de capitaux est la libre transmissibilité des actions. Si la loi prévoit autre chose, il s'agit des exceptions au principe :

Art. 684 al. 1 CO - *Actions nominatives*

1. Sauf disposition contraire de la loi ou des statuts, les actions nominatives sont librement transmissibles.

Aucune disposition légale pour les actions au porteur (i.e. «places de sociétariat»), tellement le principe est évident.

3.2. Exception : restrictions légales à la transmissibilité (transfert ordinaire)

A. Actions nominatives

Art. 685 CO - *Restriction légale*

1. Les actions nominatives (i.e. « places de sociétariat ») qui ne sont pas intégralement libérées ne peuvent être transférées qu'avec l'approbation de la société [...].

2. La société ne peut refuser son approbation que si la solvabilité de l'acquéreur est douteuse et que les sûretés exigées par la société n'ont pas été fournies.

Cette règle permet à la société de refuser, si les conditions (cumulatives) de l'art. 685 al. 2 CO sont réunies, un acquéreur. La *ratio legis* est la suivante. Le transfert de la place de sociétariat engendre le transfert de tous les droits et obligations liés au sociétariat. En cas d'action non entièrement libérées, l'actionnaire est débiteur du reste de son apport. En tant qu'obligation liée au sociétariat, celle-ci passe de l'aliénateur à l'acquéreur. Évidemment, la société a un intérêt légitime de ne pas avoir un débiteur insolvable.

La société a le droit, mais pas une obligation de refuser un actionnaire.

La restriction légale fonctionne comme une condition au transfert. Ainsi, sans l'approbation de la société, la titularité du sociétariat ne passe pas à l'acquéreur.

L'art. 687 al. 2 CO prévoit une règle étonnante :

2. Lorsque le souscripteur aliène son action, il peut être recherché pour le montant non versé si la société est déclarée en faillite dans les deux ans qui suivent son inscription sur le registre du commerce et si l'ayant cause a été déclaré déchu de ses droits d'actionnaire.

Le souscripteur est donc responsable, à titre subsidiaire, si le dernier acquéreur des actions n'est pas capable de libérer les actions et qu'il y a une faillite de la société dans les deux ans dès la fondation.

B. Actions au porteur

L'art. 685 CO ne parle que des actions nominatives. *Quid* des actions au porteur ?

Aucune disposition légale pour les actions au porteur (i.e. « places de sociétariat »)

Jurisprudence TF (ATF 86 II 89, confirmé in TF, 4C.229/2004)

⇒ transfert actions au porteur non entièrement libérées est impossible

Doctrines majoritaires

⇒ application par analogie CO 685 aux actions au porteur

4. Relation verticale DUE - Restrictions statutaires au transfert d'actions NOMINATIVES

⚠ Les actions au porteur (« places de sociétariat ») ne subissent pas des restrictions statutaires ! Il s'agit d'une silence qualifiée du législateur

Les restrictions statutaires de la transmissibilité ne sont pas valables si elles ne sont pas inscrites dans les statuts (art. 627 ch. 8 CO). Les restrictions statutaires s'appellent aussi « clauses d'agrément », car elles permettent à la société d'agréer ou non un nouvel actionnaire.

La *ratio legis* des restrictions de transmissibilité est d'empêcher les *hostile takeovers*. Cela permet à la société de travailler de manière harmonieuse avec un sociétariat plus ou moins stable.

Art. 685a CO - Restriction statutaire – Principes

1. Les statuts peuvent prescrire que le transfert des actions nominatives (« places de sociétariat ») est subordonné à l'approbation de la société.
2. Cette restriction vaut aussi pour la constitution d'un usufruit.
3. Si la société entre en liquidation, les restrictions de la transmissibilité tombent.

Les restrictions valent aussi pour la constitution d'un usufruit (art. 685a al. 2 CO), mais non pas pour la constitution d'un droit de gage. Si la société entre en liquidation, la *ratio legis* ne fait plus de sens. Les restrictions statutaires tombent alors (art. 685a al. 3 CO).

4.1. Source historique de la réglementation actuelle

A. Problèmes avant 1991

Avant 1991, il y avait deux problèmes majeurs :

1. la société anonyme pouvait refuser l'agrément d'un acquéreur d'actions nominatives **sans indication de motifs**



2. l'aliénateur qui avait cédé ses actions à un acquéreur qui n'était pas agréé par la société restait titulaire des droits sociaux et pouvait continuer à les faire valoir quand bien même il avait été payé pour les actions transférées, l'acquéreur non agréé devenait titulaire des créances résultant des droits financiers à l'égard de la société (dividende décidé par AG).
⇒ **phénomène dit de la « dissociation des droits »**

Les objectifs du droit de 1991 étaient donc de limiter les motifs de refus de transfert et d'éviter la dissociation des droits, tout en évitant une complication supplémentaire du commerce des actions cotées en bourse.

B. Solution

On a prévu deux régimes distinctes pour les actions non cotées et les actions cotées.

Actions non cotées

Actions cotées

Conditions refus : Art. 685b al. 1 à 3 et 7 CO	Conditions refus : Art. 685d al. 1 et 2 CO 4 DT
Conséquences du refus Art. 685c al. 1 et 3 CO	Conséquences du refus Art. 685e à 685g CO

4.2. Régime applicable aux actions nominatives non cotées – Conditions

Art. 685b CO - Actions nominatives non cotées en bourse - Motifs de refus

1. La société peut refuser son approbation en invoquant un juste motif prévu par les statuts ou en offrant à l'aliénateur de reprendre les actions pour son propre compte, pour le compte d'autres actionnaires ou pour celui de tiers, à leur valeur réelle au moment de la requête.
2. Sont considérés comme de justes motifs les dispositions concernant la composition du cercle des actionnaires qui justifient un refus eu égard au but social ou à l'indépendance économique de l'entreprise.
3. La société peut en outre refuser l'inscription au registre des actions si l'acquéreur n'a pas expressément déclaré qu'il reprenait les actions en son propre nom et pour son propre compte.
4. Si les actions ont été acquises par succession, partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée, la société ne peut refuser son approbation que si elle offre à l'acquéreur de reprendre les actions en cause à leur valeur réelle.
5. L'acquéreur peut demander que le juge du siège de la société détermine la valeur réelle. La société supporte les frais d'évaluation.
6. Si l'acquéreur ne rejette pas l'offre de reprise dans le délai d'un mois après qu'il a eu connaissance de la valeur réelle, l'offre est réputée acceptée.
7. Les statuts ne peuvent rendre plus dures les conditions de transfert.

La prévoit trois motifs possibles, qui peuvent justifier un refus de transfert :

- A. Un juste motif prévu par les statuts (al. 1)
- B. *Escape clause* : reprendre l'action à la valeur réelle (al. 1)
- C. Si l'acquéreur n'a pas expressément déclaré qu'il reprenait les actions en son propre nom et pour son propre compte (al. 3)

Des autres motifs ne sont pas admissibles (al. 7)

La société dispose d'un délai de 3 mois pour refuser suite à une demande de reconnaissance (art. 685c al. 3 CO). Après l'écoulement de ce délai, elle perd tout droit de refuser le transfert.

Compétence : CA, sauf dispositions statutaire attribuant la compétence à l'AG (art. 716 CO). L'attribution à l'AG est uniquement possible dans les sociétés non cotées.

A. Juste motif prévu par les statuts

La notion de juste motif est définie à l'alinéa 2 :

Art. 685b al. 2 CO - Actions nominatives non cotées en bourse - Motifs de refus

2. Sont considérés comme de justes motifs les dispositions concernant la composition du cercle des actionnaires qui justifient un refus eu égard au but social ou à l'indépendance économique de l'entreprise.

Il s'agit des motifs objectifs. Les motifs doivent s'inscrire dans un rapport avec le but ou l'indépendance de la société.

i) Juste motif eu égard au but

Le principal juste motifs est le transfert du sociétariat à un **concurrent**.

Un autre motif peut être que l'acquéreur potentiel n'a pas la qualification professionnelle dans une SA qui les requiert (p.ex. SA d'avocats, société de révision)

Orientation politique (ou religieuse) :

§ 3 I c Statuts de la Neue Zürcher Zeitung AG

Der Verwaltungsrat kann einen Erwerber von Aktien als Aktionär ablehnen, wenn er keine der folgenden Eigenschaften nachweist:

- Mitgliedschaft bei der Freisinnig-Demokratischen Partei der Schweiz (FDP) oder der Liberalen Partei der Schweiz (LPS).
- Bekenntnis zur freisinnig-demokratischen Grundhaltung, ohne Mitglied einer anderen Partei zu sein.

Est-il un juste motif de ne pas faire partie du cercle familial ? D'après la professeure et une patrie de la doctrine, le caractère familial n'a pas d'influence sur l'activité de la société. Ainsi, l'appartenance à une famille n'est pas admissible.

Est-ce que le fait de pas avoir la nationalité Suisse peut-il être un juste motif ? La réponse est que ça dépend. Si la loi prévoit qu'une certaine activité ne peut être exercée que par des nationaux Suisses (p. ex. ancien législation sur les banques), ce motif pourrait être admissible.

Justes motifs eu égard à l'indépendance économique de l'entreprise ?

Le question s'est posée si on peut inclure des « clauses pourcent » dans les statuts, qui limiteraient par exemple à 10 % la participation d'une seule personne. D'après la professeure, il faut distinguer selon les effets d'une telle clause dans chaque cas précis.

Si une petite société, qui n'a que quelques actionnaires, limitait la participation des nouveaux actionnaires à 1%, sera serait illicite. La raison étant qu'un actionnaire minoritaire, qui détient par exemple 20% depuis la fondation, devrait trouver 20 acquéreurs. Cela constituerait, *de facto* un prison de l'actionnaire minoritaire et serait contraire à la *ratio legis*.

Dans des grandes sociétés, une limitation à 35% ne devrait pas poser un problème.

Il faut que le juste motif soit prévu précisément dans les statuts !

B. *Escape clause*

La loi prévoit la possibilité pour la société de refuser une personne qu'elle ne veut absolument pas dans son actionnariat, même sans juste motif.

L'*escape clause* est une « motif légal ». Son invocation suppose une clause d'agrément dans les statuts, mais pas une indication précise qu'on se réserve le droit d'invoquer une *escape clause*.

Si la société décide de reprendre les actions pour son propre compte, les règles sur le rachats d'actions s'appliquent (notamment l'art. 659 CO). Il s'ensuit qu'il faut avoir des FLD suffisants et qu'on ne peut racheter plus que 20 % du capital (art. 659 al. 2 CO).

En contrepartie, la société doit proposer à l'aliénateur de reprendre les actions à la valeur réelle. Il s'agit d'une offre que la société doit faire à l'aliénateur, que ce dernier peut accepter ou refuser. S'il accepte l'offre, la société devient actionnaire. S'il refuse, il garde ses actions et reste actionnaire de la société comme auparavant.

Le calcul de la valeur réelle n'a pas de méthodologie légale. Normalement, la valeur est déterminée de commun accord entre la société et l'aliénateur. Il ne s'agit ni de la valeur de liquidation, ni du prix offert pour l'achat. En cas de désaccord, l'aliénateur peut demander au juge de déterminer la valeur réelle des actions.

C. « Clause anti-fiduciaire » (art. 685 al. 3 CO)

À l'origine, le but de cette dispositions visait à éviter des contournements des motifs statutaires en achetant des actions par le billet d'un tiers fiduciaire. Aujourd'hui, la clause anti-fiduciaire est abstraite. C'est-à-dire qu'on peut refuser un acquéreur « caché » sans savoir si on pourrait lui refuser pour un juste motif s'il achetait directement les actions.

Il n'est pas nécessaire d'indiquer une « clause anti-fiduciaire » spécifiquement dans les statuts. Il s'agit d'un motif légal, que la société peut invoquer *ex lege*. Cependant, il faut une clause d'agrément dans les statuts qui indique que la société se réserve le droit de refuser des acquéreurs.

4.3. Régime applicable aux actions nominatives non cotées – Conséquences d'un refus de l'agrément

Art. 685c al. 1 et 3 CO

1. Tant que l'approbation nécessaire au transfert des actions n'est pas donnée, la propriété des actions et tous les droits en découlant restent à l'aliénateur.

[...]

3. L'approbation est réputée accordée si la société ne la refuse pas dans les trois mois qui suivent la réception de la requête ou rejette celle-ci à tort.

La restriction statutaire fonctionne comme une **condition au transfert**. Sans l'approbation, la **titularité du sociétariat ne passe pas à l'acquéreur**.

Il s'agit d'une restriction légale à la transmissibilité des actions. Sous ce régime, aucune dissociation est possible, puisque le transfert est impossible sans l'approbation.

4.4. Régime applicable aux actions nominatives cotées

Il y a une certaine incohérence si une société cote ses actions en bourse, mais veut au même temps limiter la transmissibilité. Le législateur s'est donc montré plus restrictif.

A. Motifs

Art. 685d al. 1 et 2 CO – Actions nominatives cotées en bourse - Conditions de refus

1. La société ne peut refuser comme actionnaire l'acquéreur d'actions nominatives cotées en bourse que si les statuts prévoient une limite en pour-cent des actions nominatives jusqu'à laquelle un acquéreur doit être reconnu comme actionnaire, et que cette limite est dépassée.

2 La société peut en outre refuser l'inscription au registre des actions si, sur sa demande, l'acquéreur n'a pas déclaré expressément avoir acquis les actions en son propre nom et pour son propre compte.

Dispositions finales du titre vingt-sixième – Art. 4

En complément à l'art. 685d, al. 1, la société peut, en vertu d'une disposition statutaire, refuser l'acquéreur d'actions nominatives cotées en bourse, pour autant et aussi longtemps que leur acceptation pourrait empêcher la société de produire la preuve exigée par la législation fédérale relative à la composition du cercle des actionnaires.

La prévoit trois motifs possibles, qui peuvent justifier un refus de transfert :

1. Limite de participation en pour-cent (art. 685d al. 1 CO)
2. « Clause anti-fiduciaire » : Si l'acquéreur n'a pas expressément déclaré qu'il reprenait les actions en son propre nom et pour son propre compte (art. 685d al. 2 CO)
3. Ce que l'art. 4 des dispositions finales du titre vingt-sixième veut dire est qu'on peut refuser un actionnaire qui n'a pas la nationalité Suisse, si la société exerce une activité pour laquelle la loi exige cette qualité (très rare à nos jours).

Délai : la société dispose de 20 jours pour refuser suite à une demande de reconnaissance (art. 685g CO) ; elle perd tout droit de refuser après l'écoulement de ce délai.

Compétence : CA (impossible de convoquer l'AG en temps utile)

B. Conséquences d'un refus d'agrément

Les conséquences sont différentes pour les actions cotées en bourse que pour les actions non cotées. Pour ces dernières, l'aliénateur et l'acquéreur doivent être en contact. Il est ainsi possible de prévoir que la validité du transfert est soumise à l'agrément. En cas de refus, on peut communiquer à l'acquéreur que le transfert n'a pas pris place. Pour les sociétés cotées en bourse, cela n'est pas possible.

1. la qualité d'actionnaire est transférée de l'aliénateur à l'acquéreur indépendamment de toute approbation

La restriction « à la transmissibilité » ne restreint pas vraiment la transmissibilité. En revanche, le droit de vote et des autres droits liés au droit de vote de l'acquéreur sont suspendus jusqu'à l'agrément.

Art. 685f al. 1 CO

1. Si des actions nominatives cotées en bourse sont acquises en bourse, les droits passent à l'acquéreur du fait de leur transfert. Si des actions nominatives cotées en bourse sont acquises hors bourse, les droits passent à l'acquéreur dès que celui-ci a déposé auprès de la société une demande de reconnaissance comme actionnaire.

Afin que la société puisse exercer son droit d'agrément, même si l'action a été achetée en bourse, la loi prévoit une obligation d'annoncer les transferts :

Art. 685e CO - Obligation d'annoncer

Si des actions nominatives cotées en bourse sont vendues en bourse, la banque de l'aliénateur annonce immédiatement à la société le nom du vendeur et le nombre d'actions vendues.

À l'aide de l'obligation d'annoncer, la société sait toujours que les actions ont été transférées à un acquéreur et que l'aliénateur n'est plus propriétaire. Les droits de l'aliénateur s'éteignent donc tout de suite, puisque le transfert est valable et la société le sais. Le problème de la dissociation, à savoir que l'aliénateur continue à voter alors même qu'il a cédé ses actions est complètement éliminé.

En revanche, il arrive fréquemment que la société sait uniquement que l'aliénateur ne doit plus voter, sans savoir qui est l'acquéreur. Les acquéreurs ne sont pas obligés d'annoncer leur identité à la société. Il y a plein des actionnaires qui profitent uniquement du droit de dividende, sans annoncer leur identité pour pouvoir voter.

2. mais pour pouvoir exercer tous les droits attachés à ses actions, l'acquéreur doit requérir son agrément et être approuvé par la société

Art. 685f al. 2 et 3 CO

2. Jusqu'à cette reconnaissance, l'acquéreur ne peut exercer ni le droit de vote qui découle de l'action ni les autres droits attachés au droit de vote. L'acquéreur n'est pas restreint dans l'exercice de tous les autres droits, en particulier du droit de souscription préférentiel.

3 Les acquéreurs non encore reconnus par la société sont, après le transfert du droit, inscrits au registre des actions comme actionnaires sans droit de vote. Leurs actions ne sont pas représentées à l'assemblée générale.

Art. 656c al. 2 CO

2. Sont considérés comme droits qui se rapportent au droit de vote, le droit de faire convoquer l'assemblée générale, le droit d'y prendre part, le droit d'obtenir des renseignements, le droit de consulter les documents et le droit de faire des propositions.

La restriction statutaire fonctionne comme une condition à l'exercice du droit de vote et des droits liés. C'est-à-dire que sans l'approbation, l'acquéreur est actionnaire « sans droit de vote ». Il s'ensuit que ce qui est limité par la clause d'agrément, ce n'est pas la transmissibilité,

mais l'exercice de certains droits attachés aux actions

Conclusion : Il s'ensuit que la société, par son refus de l'agrément, ne peut pas empêcher le transfert des actions, mais seulement suspendre le droit de vote de l'acquéreur.

III. Transfert spécial

Principe de libre transmissibilité

Les transferts spéciaux se passent souvent automatiquement, de par la loi. Par exemple, on ne peut pas empêcher que les gens meurent et quelqu'un hérite leurs actions.

Il n'y a pas de restriction légale à la transmissibilité :

Art. 685 al. 1 CO

1. Les actions nominatives qui ne sont pas intégralement libérées ne peuvent être transférées qu'avec l'approbation de la société, **sauf s'il s'agit d'actions acquises par succession, partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée.**

Pour les actions cotées, les restrictions statutaires sont exclues :

Art. 685d al. 3 CO

3. Si des actions nominatives cotées en bourse ont été acquises par succession, partage successoral ou en vertu du régime matrimonial, l'acquéreur ne peut pas être refusé comme actionnaire.

1. Restriction statutaire à la transmissibilité des actions non cotées

1.1. Motif

Art. 685b al. 4 CO

4. Si les actions ont été acquises par succession, partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée, la société ne peut refuser son approbation que si elle offre à l'acquéreur de reprendre les actions en cause à leur valeur réelle.

Le seul motif de refus admis est l'*escape clause*.

1.2. Effets

C'est seulement une offre faite par la société. L'héritier ou autre acquéreur par le billet d'un transfert spécial n'est pas tenu d'accepter cette offre.

Art. 685c al. 4 CO

4. 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 [**sont aussi transférés, mais suspendus**].

Si la société refuse l'agrément mais l'actionnaire n'accepte pas l'offre que la société acquiert ses actions, le droit de vote et les droits liés sont suspendus.

Le texte de l'art. 685c al. 4 CO n'est pas très claire. On pourrait en déduire qu'il y ait une

dissociation entre les droits patrimoniaux et les droits sociaux, ce qui serait contraire à la volonté du législateur. Il faut donc interpréter l'art. 685c al. 4 CO à l'aide du texte plus clair de l'art. 685f CO (applicable en principe aux sociétés cotées en bourse).

Art. 685f al. 1 à 3 CO

1. [...], les droits passent à l'acquéreur du fait de leur transfert. [...]
2. Jusqu'à [la] reconnaissance, l'acquéreur ne peut exercer ni le droit de vote qui découle de l'action ni les autres droits attachés au droit de vote. L'acquéreur n'est pas restreint dans l'exercice de tous les autres droits, en particulier du droit de souscription préférentiel.
- 3 Les acquéreurs non encore reconnus par la société sont, après le transfert du droit, inscrits au registre des actions comme actionnaires sans droit de vote. Leurs actions ne sont pas représentées à l'assemblée générale.

IV. Procédure

1. Reconnaissance et inscription au registre des actionnaires

Une demande d'agrément prend souvent la forme de demande d'inscription au registre des actionnaires.

Art. 686 CO - Inscription

1. La société tient un registre des actions, qui mentionne le nom et l'adresse des propriétaires et des usufruitiers d'actions nominatives. Elle tient ce registre de manière à ce qu'il soit possible d'y accéder en tout temps en Suisse.
2. L'inscription au registre des actions n'a lieu qu'au vu d'une **pièce établissant l'acquisition du titre en propriété** ou la constitution d'un usufruit.
3. La société est tenue de porter cette mention sur le titre.
- 4 **Est considéré comme actionnaire ou usufruitier à l'égard de la société celui qui est inscrit au registre des actions.**
5. Les pièces justificatives de l'inscription doivent être conservées pendant dix ans après la radiation du propriétaire ou de l'usufruitier du registre des actions.

L'inscription au registre des actionnaires a lieu après vérification que toutes les conditions pour devenir actionnaire (evt. actionnaire sans droit de vote) sont réalisées.

Par abus de langage, on demande « l'inscription au registre des actionnaires » quand on veut demander sa reconnaissance en qualité d'actionnaire (p.ex. art. 685d al. 2 CO).

2. Refus injustifié d'agrément

2.1. Voie de droit

Art. 685f al. 4 CO

4. En cas de refus illicite de l'acquéreur, la société est tenue de reconnaître son droit de vote ainsi que les droits attachés au droit de vote à partir du jour du jugement; elle est en outre tenue de réparer le dommage que l'acquéreur a subi du fait de son refus à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

Cette action est applicable pour les restrictions légales et statutaires, tant pour les sociétés cotées que pour les sociétés non cotées.

Aussi bien l'acquéreur que l'aliénateur ont la qualité d'agir.

L'action tend à la reconnaissance de l'acquéreur par la société comme actionnaire (avec droit de vote). Le jugement est formateur et pas constatatoire. Cela a pour conséquence que l'actionnaire ne peut pas encore utiliser son droit de vote pendant la procédure. La loi a choisi cette option, défavorable à l'actionnaire, pour maintenir la sécurité de droit. On ne voulait pas devoir annuler toutes les décisions de la société pendant la durée de la procédure.

V. Transfert dans la Sàrl

Dans la Sàrl, on ne distingue pas des actions au porteur et des actions nominatives. Il y a seulement les parts sociales (PS).

Les PS peuvent être émises sous forme de titres (pas de papiers-valeur) ou ne pas être émises. Les PS ne peuvent pas constituer de titres intermédiaires.

On ne permet pas de constituer des PS en papiers-valeurs, car on ne veut pas qu'elles circulent. La Sàrl est normalement constituée de peu des associés avec des liens étroits entre eux.

1. Transfert ordinaire

Le transfert d'une PS suppose nécessairement une cession :

Cession d'une PS :

Le contenu du contrat de cession est fixé par la loi. Le contrat générateur d'obligations doit être passé par écrit et contenir les mêmes renvois aux droits et obligations statutaires que le contrat de souscription (art. 785 al. 2 CO). Si ces exigences ne sont pas satisfaites, le contrat est nul.

Restriction à la transmission ex lege (art. 786 al. 1 CO)

Art. 786 al. 1 CO

1. La cession de parts sociales requiert l'approbation de l'assemblée des associés. Cette dernière peut refuser son approbation sans en indiquer les motifs.

L'AA doit donner son approbation pour chaque cession. Le refus est possible sans indication de motifs.

Compétence : C'est l'AA qui est compétente. Il s'agit d'une décision importante au sens de l'art. 808b CO. Cet article prévoit une majorité qualifiée (2/3 voix présentes ou représentées, 1/2 K)

Les statuts peuvent assouplir ou aggraver conditions d'agrément (CO 786 II)

Délai pour approuver : 6 mois

Effet d'un refus: pas de transfert sans approbation

2. Transferts spéciaux

Art. 788 CO

1. Lorsque des parts sociales sont acquises par succession, par partage successoral, en vertu du régime matrimonial ou dans une procédure d'exécution forcée, l'ensemble des droits et obligations qui y sont attachés passent à l'acquéreur sans l'approbation de l'assemblée des associés.

2. Pour pouvoir exercer son droit de vote et les droits qui y sont attachés, l'acquéreur doit

toutefois être reconnu en tant qu'associé avec droit de vote par l'assemblée des associés.

3. L'assemblée des associés ne peut lui refuser la reconnaissance que si la société lui propose de lui reprendre ses parts sociales à leur valeur réelle au moment de la requête. L'offre peut être faite pour le propre compte de la société, pour le compte d'autres associés ou pour celui de tiers. Si l'acquéreur ne rejette pas l'offre de reprise de la société dans le délai d'un mois après qu'il a eu connaissance de la valeur réelle, l'offre est réputée acceptée.

4. La reconnaissance est réputée accordée si l'assemblée des associés ne la refuse pas dans les six mois suivant le dépôt de la demande.

5. Les statuts peuvent renoncer à l'exigence de la reconnaissance.

Restriction transmission ex lege (CO 788)

Refus possible avec offre de reprise (*escape clause*)

Compétence : C'est l'AA qui est compétente. Il s'agit d'une décision importante au sens de l'art. 808b CO. Cet article prévoit une majorité qualifiée (2/3 voix présentes ou représentées, 1/2 K)

Les statuts peuvent assouplir conditions d'agrément (CO 786 II)

Délai pour approuver : 6 mois

Effet d'un refus

La titularité du sociétariat passe, mais avec suspension du droit de vote et des droits liés.

Registre des parts sociales (CO 790) : équivaut à registre des actions

Application de l'art. 685f al. 4 CO par analogie en cas de **refus illicite d'agrément**

VI. NB : Obligations liées à l'acquisition d'actions et parts sociales

Ne vaut pas pour les actions cotés ni pour les titres intermédiés

Ces règles, d'un caractère de droit public, ont été introduit pour rendre transparent l'ayant droit derrière des participations.

On a instauré un registre pour les détenteurs des actions au porteur qui est similaire au registre des actionnaires :

Art. 697i al. 1 (en vigueur jusqu'au 30 avril 2021)

1. Quiconque acquiert des actions au porteur d'une société dont les titres ne sont pas cotés en bourse est tenu d'annoncer cette acquisition, soit son prénom et son nom soit sa raison sociale, ainsi que son adresse dans un délai d'un mois à la société.

Il y a donc une obligation des s'identifier. La loi prévoit aussi l'obligation d'annoncer des changements.

Si une personne détient seul ou de concert plus que 25% du capital-actions (respectivement du capital social) ou du droit de vote, elle doit annoncer, dans un délai d'un mois à la société l'identité (nom, prénom et adresse) de la personne physique pour le compte de laquelle il agit en dernier lieu (ayant droit économique).

- **(CO 697j, applicable à la Sàrl par renvoi de l'art. 790a CO)**

Cette obligation vaut pour n'importe quel type d'action / de PS (actions au porteur/actions nominatives/parts sociales). La loi prévoit aussi l'obligation d'annoncer des changements.

Sanctions

Suspension du droit de vote et péremption des droits patrimoniaux jusqu'à réparation de l'omission (art. 697m qui s'applique aussi pour les Sarl, par le renvoi de l'art. 790a CO).

La liste des actionnaires au porteur (jusqu'au 30 avril 2021) et des ADE est à tenir par la société (CO 697I, SARL via CO 790a). La loi prévoit l'obligation de conserver les pièces.

VII. Perte sociétariat

société anonyme
lors du transfert d'actions (CO 683 ss)
lors de la réunion d'actions (CO 623 II)
lors de la réduction du capital (CO 732 ss)
lors de la dissolution de la société (CO 736)
par déchéance (CO 681/682) en cas de non libération des actions
exclusion pas d'exclusion en droit de la SA LIMF 137, suite à une OPA (2% du K) LFus 8: fusion dédommagement (10% du K)
sortie pas de droit de sortie

SARL
lors du transfert des parts sociales (CO 785 ss)
lors de la réunion de parts sociales (CO 623 II p.a.)
lors de la réduction du capital (CO 782)
lors de la dissolution de la société (CO 821)
pas de déchéance (PS entièrement libérées dès émission)
exclusion pour justes motifs (CO 823 I) pour motifs statutaires (CO 823 II) LFus 8: fusion dédommagement (10% du K)
sortie pour justes motifs (CO 822 I) pour motifs statutaires (CO 822 II)

11. ORGANISATION

Ce cours va se focaliser sur les SA non cotées et les Sàrl. La réglementation pour les SA cotées est différente et sera modifiée par le projet de révision qui est actuellement entreprise.

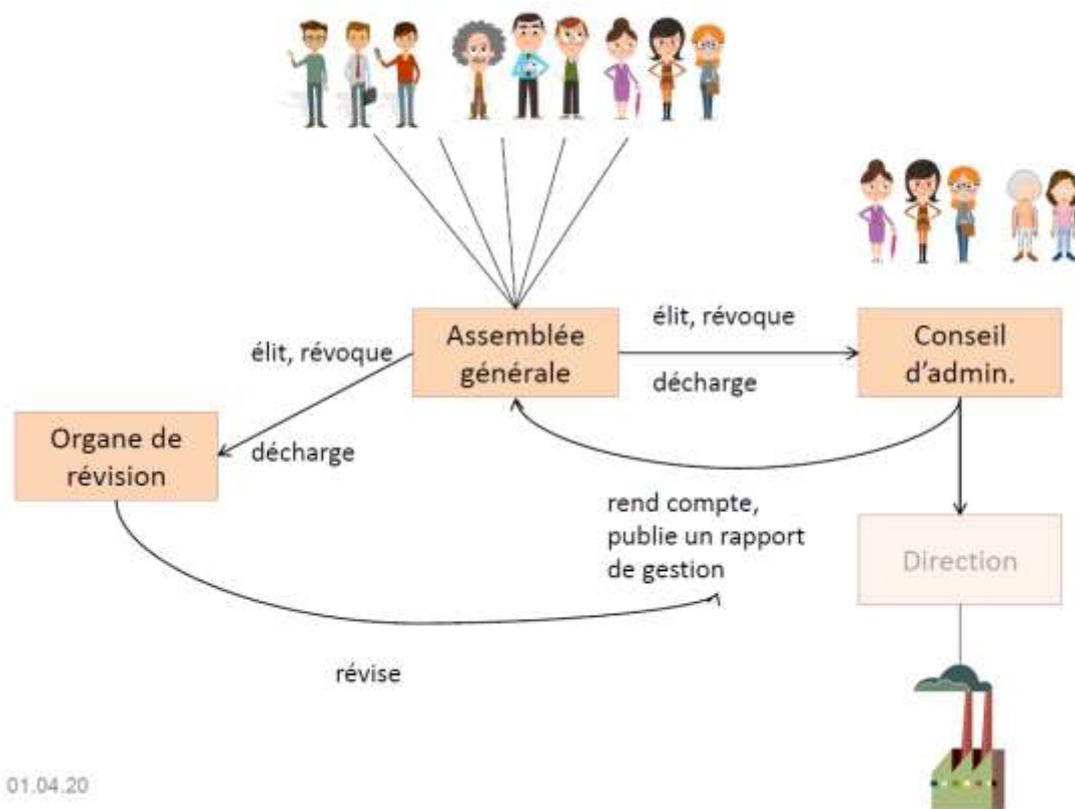
I. Les organes légaux

1. Aperçu

SA	Assemblée générale (art. 698 ss CO)	Conseil d'administration (art. 707 ss CO)	Organe de révision (art. 727 ss CO)
Sàrl	Assemblée des associées (art. 804 ss CO)	Gérants (art. 809 ss CO)	Organe de révision (art. 727 ss CO par renvoi de l'art. 818 CO)
Fonction	Organe suprême <ul style="list-style-type: none">- Décisions fondamentales- Election des membres du CA et de l'OR- Attribution du bénéfice	Exécutif <ul style="list-style-type: none">- Direction (gestion)- Surveillance de la gestion	Fonction de contrôle <ul style="list-style-type: none">- Contrôle des comptes

2. Rapports entre les organes

2.1. Dans la SA



Les membres de l'assemblée générale sont les actionnaire de la SA. Les actionnaires peuvent être des personnes physiques ou morales. Il peut y avoir qu'un seul actionnaire.

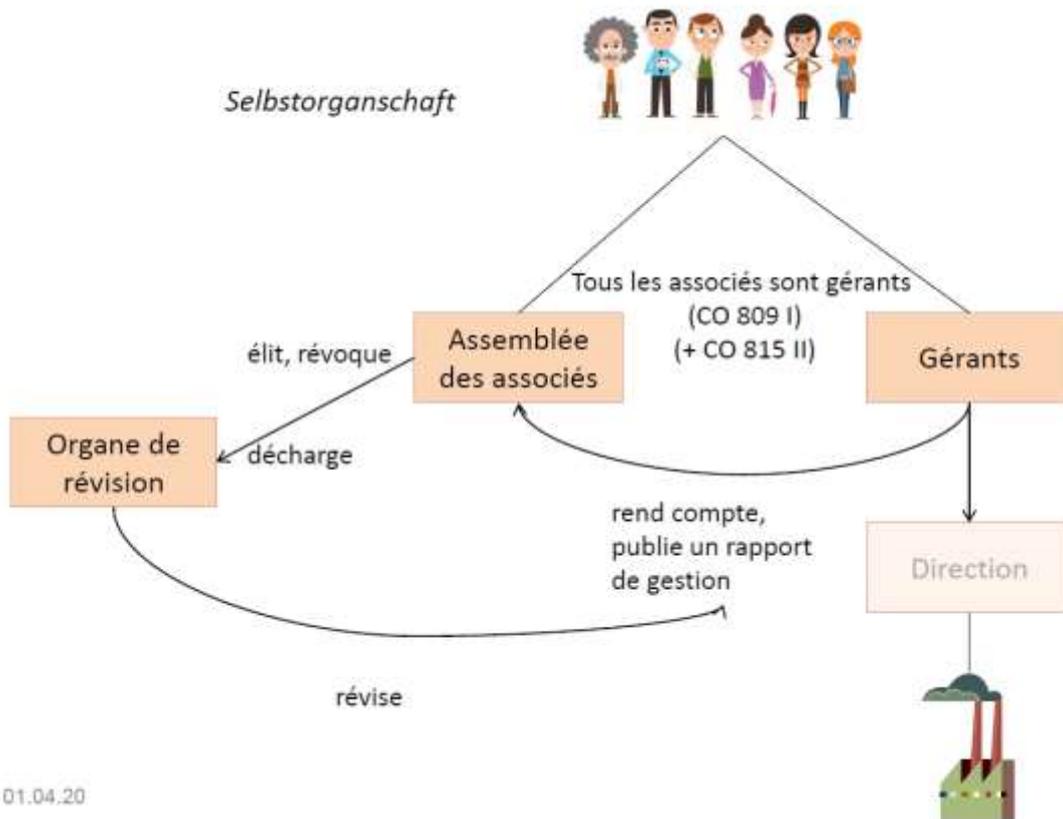
Le Conseil d'administration peut être constitué d'une ou plusieurs personnes physiques. Les membres du conseil d'administration peuvent être des actionnaires ou des tiers.

L'assemblée générale peut rechercher en responsabilité le conseil d'administration et l'organe de révision. Elle peut aussi renoncer à ce droit lors d'une assemblée générale (donner décharge).

Le conseil d'administration établit un rapport de gestion au profit de l'assemblée générale. L'organe de révision révisé se rapport pour vérifier qu'il soit conforme au droit et les statuts.

2.2. Dans la Srl

Organisation légale (*Selbstorganschaft*)

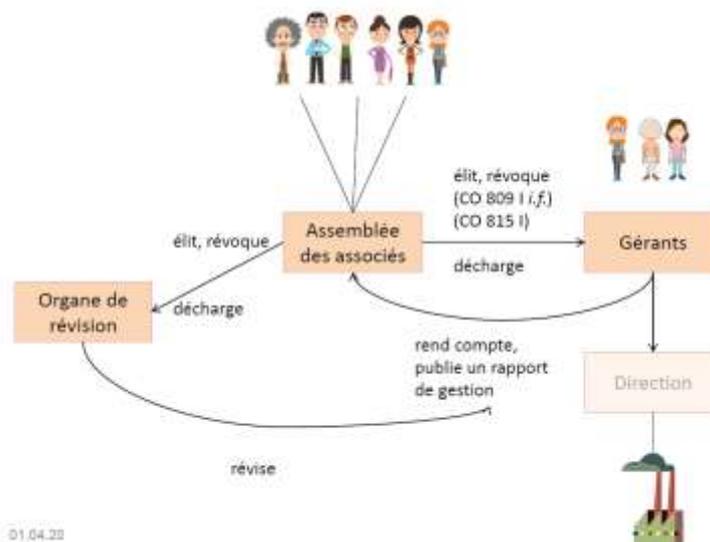


L'organisation légale (art. 809 al. 1 CO) prévoit la *Selbstorganschaft*, c'est-à-dire que tous les associés exercent collectivement la gestion. Il s'agit du droit dispositif.

En cas de *Selbstorganschaft*, le pouvoir de gestion d'un associé peut être révoqué par le juge pour justes motifs à la demande d'un autre associé (art. 815 al. 2 CO).

Organisation statutaire

D'après l'art. 809 al. 1 *in fine* CO, les statuts d'une Sàrl peuvent prévoir une autre organisation. L'organisation statutaire peut rapprocher la Sàrl d'une société des personnes ou d'une SA. La graphique ci-dessus prévoit une organisation proche de la SA (*Drittorganschaft*).



On peut même prévoir que l'assemblée des associés élit les gérants, mais nomme tous les associés comme gérants (comme sous le régime légal). Cela permet de révoquer plus facilement un gérant (art. 815 al. 1 CO)

3. Relations entre les organes de formation de volonté

3.1. Dans la SA

Il y a trois modèles :

- A. Omnipotence
- B. Principe directorial
- C. Parité

A. Omnipotence

L'AG est supérieure au CA.

B. Principe directorial

Toutes les décisions sont prises par le CA. L'AG acquiesce les décisions pour lesquelles la loi l'exige.

C. Parité

C'est le compromis que le droit suisse a trouvé.

Chaque organe a son propre domaine de compétences

- AG ne peut céder ses compétences intransmissibles (CO 698 II)
- CA ne peut déléguer ses compétences intransmissibles (art. 716a CO)
- AG ne peut s'accaparer les compétences inaliénables du CA (art. 716a CO)

Exception :

La jurisprudence prévoit une compétence d'urgence du CA en cas de défaillance de l'AG (ATF 116 II 320). Cette compétence d'urgence permet d'étendre les pouvoirs de représentation du CA fixés à l'art 718 al. 1 CO.

ATF 116 II 320 - Regeste

Si la survie de l'entreprise commande, de toute urgence, des mesures radicales, mais que des circonstances spéciales empêchent l'assemblée générale de les prendre en temps utile, il se justifie, à titre exceptionnel, de donner au conseil d'administration la liberté d'action nécessaire et d'étendre de manière appropriée ses pouvoirs de représentation (consid. 3).

Remarque : Recours au juge en cas de défaillance du CA (CO 731b)

3.2. Dans la Sàrl

La loi prévoit le principe de « parité modifiée ».

En principe, chaque organe a son propre domaine de compétences, mais :

- AA peut statutairement se réserver l'approbation de certaines décisions des gérants (art. 811 al. 1 ch. 1 CO)
- Si les statuts le prévoient, les gérants peuvent décider de soumettre des décisions à l'AA (art. 811 al. 1 ch. 2 CO)

Art. 811 al. 2 CO - Responsabilité des gérants

2. L'approbation de l'assemblée des associés ne restreint pas la responsabilité des gérants.

Donc le fait de soumettre une décision à l'AA ne permet pas aux gérants de se décharger de leur responsabilité. La raison étant que l'AA est un organe irresponsable et le législateur voulait

éviter que plus personne n'est responsable.

II. Assemblée générale / Assemblée des associées

1. Compétences

Les alinéas 2 des art. 698 et 804 prévoient les compétences intransmissibles de l'AG et de l'AA. Les derniers chiffres des deux alinéas prévoit que la loi ou les statuts peuvent ajouter des autres compétences intransmissibles. La loi ne prévoit donc pas une liste exhaustive. L'ORAB contient aussi des compétences de l'AG.

Art. 698 CO

1. L'assemblée générale des actionnaires est le pouvoir suprême de la société.
2. Elle a le droit intransmissible:
 1. d'adopter et de modifier les statuts;
 2. de nommer les membres du conseil d'administration et de l'organe de révision;
 3. d'approuver le rapport annuel et les comptes consolidés;
 4. d'approuver les comptes annuels et de déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan, en particulier de fixer le dividende et les tantièmes;
 5. de donner décharge aux membres du conseil d'administration;
 6. de prendre toutes les décisions qui lui sont réservées par la loi ou les statuts.

Art. 804 CO

1. L'assemblée des associés est l'organe suprême de la société.
2. Elle a le droit intransmissible:
 1. de modifier les statuts;
 2. de nommer et de révoquer les gérants;
 3. de nommer et de révoquer les membres de l'organe de révision et le réviseur des comptes de groupe;
 4. d'approuver le rapport annuel et les comptes consolidés;
 5. d'approuver les comptes annuels et de déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan, en particulier de fixer les dividendes et les tantièmes;
 6. de déterminer l'indemnité des gérants;
 7. de donner décharge aux gérants;
 8. d'approuver la cession de parts sociales ou de reconnaître un acquéreur en tant qu'associé ayant le droit de vote;
 - [...]
 13. d'approuver les activités des gérants et des associés qui sont contraires au devoir de fidélité ou à l'interdiction de faire concurrence, pour autant que les statuts renoncent à l'exigence de l'approbation de tous les associés;
 - [...]
 18. de prendre les décisions sur les objets que la loi ou les statuts lui réservent ou que les gérants lui soumettent.
- 3 L'assemblée des associés nomme les directeurs, les fondés de procuration et les mandataires commerciaux. Les statuts peuvent aussi conférer ce droit aux gérants.

L'art. 804 al. 3 CO prévoit une compétence qui revient par défaut à l'AA, mais que les statuts peuvent transmettre aux gérants (compétence transmissible).

2. Types d'assemblée

2.1. Assemblée générale ordinaire (AGO)

Où on approuve les comptes. Doit se dérouler dans les six mois qui suivent l'exercice.

2.2 Assemblée générale extraordinaire (AGE)

Toutes les assemblées générales où n'approuve pas les comptes sont des AGE.

2.3. Assemblée universelle (art. 701 CO)

C'est une assemblée qui peut se dérouler spontanément, c'est-à-dire sans convocation. Cela est admissible si deux conditions sont réunies :

1. la totalité des actionnaires est présente ou représentées
2. Aucun d'eux n'objecte à la tenue d'une AG

Une assemblée universelle valablement constituée peut prendre tout type de décision qu'une AGO peut prendre.

3. Déroulement

Réunion des actionnaires / associés ou de leurs représentants (art. 689 al. 2 CO)

Pour la **SA**, le principe est une réunion physique dans un endroit fixe à un moment fixe. La possibilité de donner des instructions à un représentant, par écrit ou même via un plateforme de vote, permet néanmoins un certain degré de flexibilité.

Pour la **Sàrl**, la possibilité de tenir un vote par voie de circulation est prévue par la loi (art. 805 al. 4 CO)

La révision du droit de la SA en cours prévoit l'utilisation plus poussée de moyens électroniques. Ainsi, on peut par exemple prévoir deux, voir plusieurs lieux de réunion et de projeter la séance en live dans ces lieux (se pratique déjà dans quelques sociétés, sans que ce soit expressément permis par le CO). Or, le projet de révision admet aussi le vote par voie électronique d'une personne qui n'est pas présente à l'AG (sans intervention d'un représentant). Le projet admet même une « AG virtuelle », qui se déroule sans aucun lieu physique.

Pour la situation actuelle, le Conseil fédéral a disposé la règle suivante, pour que les SA puissent tenir leurs AG dans le délai de six mois.

Art. 6a al. 1 de l'ordonnance 2 COVID-19 du 13 mars 2020

1. L'organisateur d'une assemblée de société peut, quel que soit le nombre prévu de participants et sans respecter le délai de convocation, imposer aux participants d'exercer leurs droits exclusivement:

- a. par écrit ou sous forme électronique, ou
- b. par l'intermédiaire d'un représentant indépendant désigné par l'organisateur.

4. Convocation

4.1. Compétence de convoquer

A. Par les administrateurs, les liquidateurs ou – au besoin – par l'organe de révision

Art. 699 al. 1 CO

1. L'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration et, au besoin, par les réviseurs. Les liquidateurs et les représentants des obligataires ont également le droit de la convoquer.

Ainsi, l'AG d'une SA est en principe convoquée par les administrateurs. Le CA a d'ailleurs la

compétence intransmissible de préparer l'AG (art. 716a al. 1 ch. 6 CO).
L'art. 805 al. 1 CO prévoit une règle analogue pour la Sàrl.

B. Droit des actionnaires à la convocation

Art. 699 al. 3 CO

3. Un ou plusieurs actionnaires représentant ensemble 10 % au moins du capital-actions peuvent aussi requérir la convocation de l'assemblée générale. [...]

Cette règle est relativement impérative, dans le sens qu'on peut – dans les statuts – baisser le pourcentage nécessaire, mais non pas l'augmenter.

Pour la Sàrl, cette règle s'applique par renvoi de l'art. 805 al. 5 ch. 1 CO.

La jurisprudence et la doctrine disposent que suite à la demande de 10 % des actionnaires, le CA doit convoquer l'AG dans un « délai convenable ». Ce délai dépend notamment de la taille de la société. Le projet de révision prévoit un délai fixe de 60 jours.

Si le CA n'agit pas dans un délai convenable, les actionnaires peuvent recourir au juge, qui instruira au CA de convoquer l'AG (art. 699 al. 4 CO)

4.2. Autres dispositions

A. Inscription d'un objet à l'ordre de jour

Art. 699 al. 3 CO

3. [...] Des actionnaires qui représentent des actions totalisant une valeur nominale de 1 million de francs peuvent requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour. La convocation et l'inscription d'un objet à l'ordre du jour doivent être requises par écrit en indiquant les objets de discussion et les propositions.

De plus, des actionnaires détenant 10 % du capital, qui peuvent donc convoquer une AG, peuvent *a fortiori* inscrire un objet à l'ordre du jour.

Il s'agit de nouveau d'une norme relativement impérative.

B. Délai de convocation

L'AG doit être convoqué au moins 20 jours avant la date prévue (art. 700 CO et 805 al. 3 CO pour la Sàrl).

C. Contenu de la convocation

La convocation doit contenir les points à l'ordre de jour et les propositions du CA / des actionnaires demandeurs.

Art. 700 al. 2 et 3 CO

2. Sont mentionnés dans la convocation de l'assemblée générale les objets portés à l'ordre du jour, ainsi que les propositions du conseil d'administration et des actionnaires qui ont demandé la convocation de l'assemblée ou l'inscription d'un objet à l'ordre du jour.

3. Aucune décision ne peut être prise sur des objets qui n'ont pas été dûment portés à l'ordre du jour, à l'exception des propositions déposées par un actionnaire dans le but de convoquer une assemblée générale extraordinaire, d'instituer un contrôle spécial ou d'élire un organe de révision.

Pour la Sàrl, l'art. 805 al. 5 CO opère un renvoi à l'art. 700 CO.

D. AG universelle

Art 701 CO

1. Les propriétaires ou les représentants de la totalité des actions peuvent, s'il n'y a pas d'opposition, tenir une assemblée générale sans observer les formes prévues pour sa convocation.
2. Aussi longtemps qu'ils sont présents, cette assemblée a le droit de délibérer et de statuer valablement sur tous les objets qui sont du ressort de l'assemblée générale

L'art. 701 CO est applicable à la Sàrl par le renvoi de l'art. 805 al. 5 CO.

5. Tenue

5.1. Cadre

Art. 700 al. 3 et 4 CO

3. Aucune décision ne peut être prise sur des objets qui n'ont pas été dûment portés à l'ordre du jour, à l'exception des propositions déposées par un actionnaire dans le but de convoquer une assemblée générale extraordinaire, d'instituer un contrôle spécial ou d'élire un organe de révision.
4. Il n'est pas nécessaire d'annoncer à l'avance les propositions entrant dans le cadre des objets portés à l'ordre du jour ni les délibérations qui ne doivent pas être suivies d'un vote.

En principe, seulement les décisions par rapport aux objets inscrits à l'ordre du jour (OJ) peuvent être prises. L'art. 700 al. 3 prévoit cependant trois exceptions (objets pour lesquels on peut prendre des décisions sans que l'objet soit inscrit à l'OJ) :

1. Convocation d'une AGE
2. Contrôle spécial
3. Nommer un réviseur

On peut voter sur des propositions des actionnaires faites lors de l'AG, lorsqu'elles entrent dans le cadre d'un objet figurant à l'OJ. Il est toujours possible de délibérer sur n'importe quel objet, sans pour autant prendre une décision.

Lors d'une AG universelle (qui est donc spontanée), les restrictions ne s'appliquent pas ; l'AG peut décider sur tous les objets dans sa sphère de compétence (art. 701 al. 2 CO).

Toutes ces règles s'appliquent à la Sàrl par renvoi de l'art. 805 al. 5 CO.

5.2. Participation

Peuvent participer à une AG tous les actionnaires. Ils peuvent participer en personne ou en envoyant un représentant (art. 689 al. 2 CO).

Les membres du CA doivent participer à l'AG (art. 702a CO).

Le réviseur doit aussi être présent en cas de contrôle ordinaire. L'unanimité des actionnaires peut cependant renoncer à sa présence (art. 731 al. 3 CO).

6. Décisions

6.1. Droit de vote

Le droit de vote fait partie des droits sociaux des actionnaires / associés.

A. Principe

En principe, il est proportionnel à la valeur nominale des actions / parts sociales détenues :

Art. 692 al. 1 CO

1. Les actionnaires exercent leur droit de vote à l'assemblée générale proportionnellement à la valeur nominale de toutes les actions qui leur appartiennent.

Art. 806 al. 1 CO

1. Le droit de vote de chaque associé se détermine en fonction de la valeur nominale des parts sociales qu'il détient

B. Exceptions

Les exceptions possibles sont prévues exhaustivement par la loi :

i. Clause de plafonnement

Art. 692 al. 2 CO: « 2. Chaque actionnaire a droit à une voix au moins, même s'il ne possède qu'une action. La société peut toutefois limiter, dans les statuts, le nombre de voix attribué au porteur de plusieurs actions. »

Art. 806 al. 1 *in fine* CO : « ...Chaque associé a droit à une voix au moins. Les statuts peuvent toutefois limiter le nombre de voix des titulaires de plusieurs parts sociales. »

Une clause de plafonnement permet de disperser le pouvoir au sein d'une société. Elle doit être prévue dans les statuts.

On peut prévoir une limite en pourcent (en fonction des votes représentés à une assemblée ou de toutes les parts) ou en nombre de voix.

En cas de clause de plafonnement, les actions qui vont au-delà du seul statutaire ne peuvent pas voter.

ii. Actions / Parts sociales à droit de vote privilégié

L'ordre juridique Suisse prévoit une seule manière d'instituer un droit de vote privilégié : il faut prévoir des valeurs nominales différentes pour les actions et ensuite prévoir qu'on ne vote pas en proportion avec la valeur nominale de l'action, mais que chaque action, indépendamment de sa valeur nominale, dispose d'une seule voix (art. 693 al. 1 et 806 al. 2 CO). Par cette démarche en deux étapes, on a *de facto* un privilège de vote aux actionnaires détenant des actions / parts sociales avec une valeur nominale plus faible.

La loi prévoit trois limites : le rapport maximal admissible entre les valeurs nominales est de 1 :10 (art. 693 al. 2 et 806 al. 2 *in fine* CO). Pour la SA, l'art. 693 al. 2 CO prévoit d'ailleurs que les actions de droit de vote privilégié (valeur nominale inférieure) doivent être des actions nominatives et doivent être entièrement libérées.

Art. 693 al. 3 CO – Inapplicabilité du privilège

3. La détermination du droit de vote proportionnellement au nombre d'actions ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de:

1. désigner l'organe de révision;
 2. désigner les experts chargés de vérifier tout ou une partie de la gestion;
 3. décider l'institution d'un contrôle spécial;
 4. décider l'ouverture d'une action en responsabilité
- [D'après la doctrine, le privilège n'est pas non plus applicable pour donner décharge].

Dans les cas où le privilège de vote est inapplicable, on calcule le droit de vote en fonction de la participation financière.

iii. Droit de véto (uniquement pour la Sàrl)

Art. 807 CO

1. Les statuts peuvent prévoir l'institution, en faveur des associés, d'un droit de veto contre certaines décisions de l'assemblée des associés. Ils doivent définir les décisions contre

lesquelles le droit de veto peut être exercé.

- Sont visées les décisions de l'AA. Il faut lister précisément les types de décisions qui sont sujets au veto dans les statuts

2. L'introduction subséquente d'un droit de veto requiert l'approbation de tous les associés.

3. Le droit de veto est incessible [le droit est donné *ad personam*].

Si l'associé titulaire d'un droit de veto exerce ce droit, cela empêche la décision en question.

L'associé titulaire du droit de veto ne peut pas voter sur son propre droit de veto (art. 806a CO). Il ne pourra pas non plus exercer son droit lorsqu'il faut l'objet d'une procédure en exclusion pour justes motifs (art. 823 CO).

6.2. Interdictions de vote

A. Conflits d'intérêts

Art. 695 al. 1 CO « Les personnes qui ont coopéré d'une manière quelconque à la gestion des affaires sociales ne peuvent prendre part aux décisions qui donnent ou refusent décharge au conseil d'administration. »

Dans la SA, le cas de décharge est le seul cas d'interdiction de vote pour conflit d'intérêts. L'interdiction de vote interdit à un membre du CA de laisser représenter ses actions par un tiers pour se donner décharge, ainsi que de voter des actions des tiers qu'il représente à l'AG pour se donner décharge.

En revanche, les membres du CA peuvent participer à leur propre élection au CA et aux votes concernant leur propre révocation.

Art. 806a al. 1 CO : « Les personnes qui ont coopéré d'une manière quelconque à la gestion des affaires ne peuvent prendre part aux décisions qui donnent décharge aux gérants ».

Pour la Sàrl, l'interdiction de vote va plus loin : l'associé qui cède toutes ou une partie de ses parts sociales pour que la Sàrl puisse les acheter (rachat de PS propres) n'a pas le droit de vote lors de la décision (compétence intransmissible de l'AA) du rachat (art. 806a al. 2 CO). Or, si l'AA décide si un associé a le droit de procéder à une activité contraire au devoir de fidélité (p. ex. concurrence), c'est-à-dire un vote en dérogation du devoir de fidélité, l'associé en question n'a pas le droit de vote (art. 806a al. 3 CO).

B. Actions propres / parts sociales propres

Il convient de rappeler que les actions / parts sociales propres sur le bilan d'une société ne peuvent être votées par la société même.

Art. 659a al. 1 CO

1. Le droit de vote lié aux actions propres et les droits qui leur sont attachés sont suspendus.

- Applicable par analogie à la Sàrl par renvoi de l'art. 783 al. 4 CO

6.3 Quorum et majorités

Un quorum est un seuil de participation minimal. La loi ne prévoit pas un quorum légal pour les AG et AA. En revanche, un quorum peut être prévu par les statuts.

La majorité par défaut est la majorité absolue des voix représentées. La majorité absolue veut dire qu'il faut avoir 50% plus une des voix présentes ou représentées. Cela implique que des abstentions équivalent à des non.

Art. 703 CO

Si la loi ou les statuts n'en disposent pas autrement, l'assemblée générale prend ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées.

L'art. 808 CO prévoit précisément la même règle pour la Sàrl.

En cas de conversion des actions au porteur en actions nominatives, la majorité simple des voix exprimées suffit (art. 704a CO).

Le projet de révision du droit de la SA prévoit que seulement les voix exprimées seront prises en compte pour toutes les décisions non importantes.

Pour des décisions importantes (énumérées aux art. 704 et 808b CO), la loi prévoit une double majorité : une majorité qualifiée de $\frac{2}{3}$ des voix représentées et la majorité du capital représenté.

En pratique, il faut toujours d'abord vérifier si des dérogations au régime légal sont prévus dans les statuts. Ensuite, il faut voir si on est dans l'hypothèse d'une décision importante (art. 704 et 808b CO) ou, pour une SA sous l'hypothèse de l'art. 704a CO. Si aucun cas spécial s'applique, la majorité absolue de l'art. 703 CO (pour la Sàrl art. 808 CO) est déterminante.

6.4. Majeures pour la prise d'une décision

A. SA

Les majorités requises pour la prise de décision d'une assemblée générale sont en premier lieu définies dans les statuts (cf. art. 703 et 704 al. 2 CO). À défaut de règles statutaires, la loi prévoit des majorités différentes selon le type de décision. Les décisions importantes (art. 704 al. 1 ch. 1 à 8 CO) doivent être prise par une majorité absolue de « deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité absolue des valeurs nominales représentées » (art. 704 al. 1 CO). Pour toutes les décisions qui ne sont pas des décisions importantes et pas soumis à un régime de majorité statutaire, l'art. 703 CO est applicable. À teneur de l'art. 703 CO : « Si la loi ou les statuts n'en disposent pas autrement, l'assemblée générale prend ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées ».

Quant aux voix, l'art. 692 al. 1 CO consacre le principe suivant : « Les actionnaires exercent leur droit de vote à l'assemblée générale proportionnellement à la valeur nominale de toutes les actions qui leur appartiennent ».

- Exceptions :
 - o Clauses de plafonnement
 - o Droit de vote privilégié
 - o Interdictions de voter

B. Sàrl

Les majorités requises pour la prise de décision d'une assemblée des associés sont en premier lieu définies dans les statuts (cf. art. 808 et 808b al. 2 CO). À défaut de règles statutaires, la loi prévoit des majorités différentes selon le type de décision. Les décisions importantes (art. 808b al. 1 ch. 1 à 11 CO) doivent être prise par une majorité absolue de « deux tiers des voix représentées et la majorité absolue du capital social pour lequel le droit de vote peut être exercé » (art. 808b al. 1 CO). Pour toutes les décisions qui ne sont pas des décisions importantes et pas soumis à un régime de majorité statutaire, l'art. 808 CO est applicable. À teneur de l'art. 808 CO : « Si la loi ou les statuts n'en disposent pas autrement, l'assemblée des associés prend ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des voix représentées ».

Quant aux voix, l'art. 806 al. 1 première phrase CO consacre le principe suivant : « Le droit de vote de chaque associé se détermine en fonction de la valeur nominale des parts sociales qu'il détient ».

- Exceptions :
 - o Clauses de plafonnement
 - o Droit de vote privilégié
 - o Droit de véto
 - o Interdictions de voter

7. Sanction des décisions viciées

7.1 Introduction

A. Sanctions possibles

Annulation des décisions (CO 706, CO 706 a / renvoi CO 808 c)

Action CO 691 III (Participation sans droit à l'AG/AA) (renvoi CO 805 V ch. 9)

Nullité des décisions (CO 706 b / renvoi CO 808 c)

Action en constatation d'une décision prise

NB: Mesures provisoires si décision suppose inscription au RC

Blocage du registre du commerce (ORC 162))

On ne peut jamais tenter une action en responsabilité contre l'AG / AA

B. Exemples

1. Décision prise par voie de circulation

- Ça dépend :

- o dans une SA, la décision est en principe nulle, car la loi prévoit le principe qu'il faut prendre des décisions lors d'une AG.
- o Pour une Sàrl, cette démarche est prévue par la loi (art. 805 CO) et donc licite.
- o L'art. 6a de l'Ordonnance 2 COVID-19 permet exceptionnellement des décisions par écrit.

2. Décision prise par une AG dont un actionnaire s'est vu refuser le droit de vote sans juste motif alors que sa participation aurait pu être déterminante (HGer AG, RNRF 83 367ss)

- Décision annulable pour irrégularité de procédure, qui a un effet causal (art. 706 CO)

3. Décision prise par une AG à laquelle tous les actionnaires n'ont pas été convoqués dans le cas où la participation de l'actionnaire qui n'a pas été invité n'aurait rien changé au résultat (ATF 137 III 460).

- La décision est nulle, car le défaut de convocation est un vice procédural grave. L'AG est considérée non avenue. Le fait que sa participation n'aurait pas changé le résultat n'a pas d'influence, d'après le TF, car l'actionnaire n'avait pas la possibilité de participer à la formation de volonté. En plus, la nullité s'impose, car un actionnaire non convoqué peut être en ignorance complète sur l'AG, ce qui lui prive de la possibilité d'agir en annulation.

4. Décision de l'AG qui supprime le droit préférentiel de souscription pour de justes motifs.

- Décision valable

5. Décision selon laquelle les actions ordinaires sont transformées en actions privilégiées sans que cela ne soit justifié par l'intérêt social (HGer SG, SGGVP 2000 N 55)

- Art. 706 al .2 ch. 3 CO : Annulable

6. Décision prise par une AG à l'unanimité qui crée une inégalité de traitement non justifiée par l'intérêt social

- Art. 706 al .2 ch. 3 CO : Annulable

- Mais aucun actionnaire peut contester la décision (sous réserve d'erreur essentielle), car il serait contraire à la bonne foi de voter pour une décision et de la contester ensuite.

7.2. Annulation des décisions (CO 706, CO 706a / renvoi CO 808c)

Lorsque la loi ou les statuts sont violés, la décision est en principe annulable.

Art. 706 al. 1 CO

1. Le conseil d'administration et chaque actionnaire peuvent attaquer en justice les décisions

de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts; l'action est dirigée contre la société.

L'art. 706 al. 2 CO prévoit un catalogue non exhaustif des décisions annulables.

Qualité pour agir : CA, actionnaire / associé

Qualité pour défendre : Société, représenté en principe par le CA. Si le CA a intenté l'action, le juge désigne un représentant pour représenter la société dans la procédure (art. 706a al. 2 CO).

Effet : constitutif, *erga omnes*

Délai : 2 mois depuis la décision (art. 706a al. 1 CO). Il s'agit d'un délai de péremption. Il est donc impossible d'étendre ou de suspendre ce délai, même si l'actionnaire l'ignorait.

7.3. Nullité des décisions (CO 706b / renvoi CO 808c)

La nullité est prévue pour les violations « graves », notamment des normes dont découle un droit en faveur de l'actionnaire. L'art. 706b prévoit un catalogue non exhaustif des violations graves qui entraînent la nullité. Est par exemple nulle toute décision lors d'une AG à laquelle pas tous les actionnaires ont été convoqués (art. 706b ch. 1 CO). Il en va de même si l'AG a été convoqué par un organe qui n'est pas compétent à cet effet, par exemple un CA qui n'a pas été élu. Le TF a notamment retenu la nullité d'une clause de réélection automatique du CA (ATF 140 III 349), parce qu'elle constituait une atteinte à la structure de base de la SA (ch. 3).

Qualité pour agir : tout intéressé qui a un intérêt juridique digne de protection (par exemple un créancier)

Qualité pour défendre : Société

Effet : déclaratif, la décision n'a pas d'effet depuis le début

Délai : aucun

7.4. Action de l'art. 691 al. 3 CO (Participation sans droit à l'AG/AA) (renvoi CO 805 V ch. 9)

Il s'agit d'une *lex specialis* à l'action en annulation de l'art. 706 CO.

Art. 691 al. 3 CO

3. Lorsque des personnes qui n'ont pas le droit de participer à l'assemblée générale coopèrent à l'une de ses décisions, chaque actionnaire peut l'attaquer en justice, même faute de toute protestation préalable, à moins que la preuve ne soit faite que cette coopération n'a exercé aucune influence sur la décision prise.

Si un tiers a participé à l'AG / AA, le fardeau de la preuve est renversé : il faut que la société (défenderesse de l'action) prouve que le tiers n'a eu aucune influence. Il ne s'agit pas d'une preuve « mathématique », mais aussi qualitatif (influence sur le débat etc.)

Qualité pour agir : CA, actionnaire / associé

Qualité pour défendre : Société

Effet : constitutif, *erga omnes*

Délai : Délai de péremption de 2 mois à partir de la décision

7.5. Action « en constatation » d'une décision prise (doctrine)

Cette action, proposée par la doctrine, permet d'introduire une action en cas de défaut dans l'établissement du résultat de vote (p. ex. mal compté les voix).

Qualité pour agir : CA, actionnaire / associé

Qualité pour défendre : Société

Effet : constitutif, *erga omnes*

Délai : Délai de péremption de 2 mois à partir de la décision

7.6. Blocage du registre du commerce (art. 162 ORC)

Art. 162 al. 1 ORC

1. Si des tiers forment opposition par écrit contre une inscription, l'office du registre du commerce sursoit à l'inscription au registre journalier (blocage du registre).

Qualité pour agir : tout intéressé

Forme : Simple lettre

Conditions : aucune

Le préposé informe la société **après** le blocage.

Ensuite, la personne ayant demandé le blocage dispose d'un délai de 10 jours pour introduire requête en mesures provisoires :

Qualité pour agir : personne ayant demandé le blocage

Qualité pour défendre : Société

Conditions de fond : le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être et cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (art. 261 CPC)

III. CA / gérants

1. Composition

Art. 707 al. 1 CO

1. Le conseil d'administration de la société se compose d'un ou de plusieurs membres.

Art. 809 al. 1 CO

1. Les associés exercent collectivement la gestion de la société. Les statuts peuvent régler la gestion de manière différente.

Les membres de l'administration d'une SA ou d'une Sàrl doivent être des **personnes physiques** (art. 707 al. 3 CO ; art. 809 al. 2 CO). Même lorsque les associés d'une Sàrl sont des personnes morales et la Sàrl exerce le régime légale de *Selbstorganschaft*, la gestion doit être assurée par une personne physique qui représente la personne morale.

Les administrateurs doivent exercer leur fonction personnellement, la représentation (ou procuration) étant exclue.

Dans la SA, les actionnaires n'ont en principe aucun droit d'être représenté au CA. L'art. 709 al. 1 CO (droit impératif) prévoit la seule exception légale, à savoir s'il y a différents catégories d'actions. Peu importe si les différences concernent le droit de vote ou les droits patrimoniaux. Afin que l'art. 709 al. 1 CO s'applique, il faut que – cumulativement – il y a plusieurs catégories d'actions au sein de la société **et** que ces catégories sont soumises à un traitement différent en ce qui concerne le droit de vote ou les droits patrimoniaux.

Art. 709 CO - Représentation de catégories et de groupes d'actionnaires

1. S'il y a plusieurs catégories d'actions en ce qui concerne le droit de vote ou les droits patrimoniaux, les statuts assurent à chacune d'elles l'élection d'un représentant au moins au conseil d'administration.
2. Les statuts peuvent prévoir des dispositions particulières pour protéger les minorités ou certains groupes d'actionnaires.

L'AG a la compétence intransmissible d'élire les membres du CA. La doctrine propose ainsi la concrétisation suivante de l'art. 709 al. 1 CO : la minorité a le droit de proposer un membre du CA, que l'AG élit ensuite formellement. Il s'agit d'une « proposition impérative », car matériellement l'AG est tenue d'accepter la proposition, sous réserve de justes motifs. Afin de faire une proposition, les actionnaires minoritaires vont devoir se réunir avant l'AG, afin de convenir sur un candidat.

2. Attributions

L'administration représente la société envers les tiers (art. 718 al. 1. CO ; art. 814 CO)

L'administration gère également les affaires de la société « dans la mesure où il n'en a pas délégué la gestion ». (art. 716 al. 2 CO ; art. 809 al. 1 CO).

Le CA / les gérants ont certaines compétences inaliénables et intransmissibles (art. 716a al. 1 CO ; art. 810 al. 2 CO). Font partie de ces compétences la haute direction et la haute surveillance de la société, les rapports avec l'AG / AA et l'avis au juge en cas de surendettement.

L'administration détient aussi la « compétence résiduelle ». C'est-à-dire que toute compétence qui n'a pas été attribuée à un autre organe appartient au CA / aux gérants. Si la loi dispose donc que « la société » fait quelque chose (p. ex. art. 685b CO), la compétence incombe à l'administration, sauf dispositions statutaire contraire.

3. Devoirs

Devoir de diligence (CO 717 I/CO 812 I)

Devoir de fidélité (CO 717 I/CO 812 II)

- Sàrl + interdiction de faire concurrence (CO 812)

Egalité de traitement (CO 717 II/CO 813)

4. Organisation

L'administration agit « conjointement ». C'est-à-dire que les décisions sont prises à la majorité :

Art. 713 al. 1 CO

1 Les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité des voix émises. Le président a voix prépondérante, sauf disposition contraire des statuts.

L'art. 809 al. 4 CO prévoit une règle identique pour les Sàrl.

La répartition des tâches au sein du CA est possible. Elle incombe au CA même (art. 716a al. 2 CO).

Art. 716b al. 1 CO

1. Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer tout ou partie de la gestion à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers conformément au règlement d'organisation.

Il est possible de déléguer des tâches à une direction, si les conditions suivantes sont réunies : il doit s'agir d'une tâche délégable, la délégation doit être permise par les statuts et le CA doit établir un règlement d'administration. Or, la compétence d'élire des directeurs est une compétence intransmissible et inaliénable du CA.

Le CA a plusieurs responsabilités dans les rapports avec la direction :

- *Cura in eligendo* (choisir des personnes compétentes)
- *Cura in instruendo* (donner des instructions pertinentes)
- *Cura un custodiendo* (surveiller la gestion par la direction)

On peut prévoir une « président à double casquette », qui est à la fois CEO et président du CA.

5. Sanction des décisions viciées

5.1. Action en responsabilité (art. 754 ss CO, pour la Sàrl, renvoi à l'art. 817 CO)

Conditions:

Violation d'un devoir d'organe

Faute

Dommage (à la société, à un actionnaire ou à un créancier)

Lien causal

Qualité pour agir : personne lésée; si dommage à la société: société, actionnaire, créancier

Qualité pour défendre : organe de gestion

5.2. Nullité des décisions (art. 714 CO, pour la Sàrl, renvoi de l'art. 816 CO)

Seulement dans des cas très graves

ATF 138 III 204

- Exécution d'une décision d'augmentation du capital annulée par le juge
- Décision de l'AG était annulable. Le juge l'a annulé. La décision de l'AG qui exécutait cette décision annulée était nulle.

5.3. Jamais d'annulation des décisions

Dans des cas très graves, la nullité de la décision est prévue. Dans les cas moins graves, seulement l'action en responsabilité est envisageable.

En revanche, une action en annulation n'existe pas. La loi favorise la sécurité du droit.

IV. Organe de révision

1. Fonction de l'organe de révision

Art. 731 CO

1. Pour les sociétés ayant l'obligation de faire contrôler leurs comptes annuels et, le cas échéant, leurs comptes de groupe par un organe de révision, le rapport de révision doit être disponible avant que l'assemblée générale approuve les comptes annuels et les comptes de groupe et se prononce sur l'emploi du bénéfice.

2. En cas de contrôle ordinaire, l'organe de révision doit être présent à l'assemblée générale. Celle-ci peut renoncer à la présence de l'organe de révision par une décision prise à l'unanimité.

3. Si le rapport de révision n'a pas été présenté, les décisions d'approbation des comptes annuels et des comptes de groupe ainsi que la décision concernant l'emploi du bénéfice sont **nulles**. Si les dispositions concernant la présence de l'organe de révision ne sont pas respectées, ces décisions sont annulables.

2. Les trois types de sociétés (art. 727 CO)

2.1. Les sociétés ouvertes au public

Il s'agit des sociétés qui ont des titres de participation cotés en bourse ou qui sont débitrices d'un emprunt par obligations (art. 727 al. 1 ch. 1 CO).

Sont aussi des sociétés ouvertes au public les sociétés dont la société mère est cotée ou débitrice d'un emprunt, si la société de base représente plus de 20% des actifs ou du CHA de ladite société mère.

2.2 Les autres grandes sociétés

Il s'agit des sociétés qui, au cours de deux exercices successifs, dépassent deux des valeurs suivantes :

- CHF 20 mio total du bilan
- CHF 40 chiffre d'affaires
- 250 EPT

ou des sociétés qui ont l'obligation d'établir des comptes de groupe (cf. CO 963)

2.3. Les PME

Toutes les autres sociétés

3. Système légal pour la SA

Pour la Sàrl, la loi opère un renvoi au droit de la SA à l'art. 818 CO

	PME (CO 727a I)	Autres grandes sociétés (CO 727 I [2] et [3])	Sociétés ouvertes au public (CO 727 I [1])
réviseur	réviseur agréé (CO 727c)	expert-réviseur agréé (CO 727b II)	entreprise de révision ss surveillance de l'Etat (CO 727b I)
contrôle	<p>restreint</p> <p>vérifie s'il existe des faits dont il résulte que les comptes/la proposition de versement de bénéfice ne sont pas conformes à la loi et aux statuts (CO 729a)</p> <p>rapport résumé (CO 729b)</p> <p>avis surendettement (CO 729c)</p> <p>exigence d'indépendance – stricte (CO 729)</p>	<p>ordinaire</p> <p>« vérifie conformité des comptes et de la proposition de versement de bénéfice à la loi, aux statuts et au cadre référentiel choisi + vérifie s'il existe un système de contrôle interne » (CO 728a)</p> <p>rapport détaillé CA + rapport résumé AG (CO 728b)</p> <p>avis violation loi/statuts (CA/AG) + surendettement (CO 728c)</p> <p>exigence d'indépendance + stricte (CO 728)</p>	

4. Possibilités statutaires

4.1. Opting out ou opting down

Des PME, dont l'effectif ne dépasse pas dix emplois à plein temps en moyenne annuelle peuvent renoncer au contrôle (= *opting out*) ou – *a fortiori* - faire appel à un réviseur non qualifié (= *opting down*). Le consentement de l'ensemble des actionnaires est nécessaire.

Art. 727a al. 2 CO

2. Moyennant le consentement de l'ensemble des actionnaires, la société peut renoncer au contrôle restreint lorsque son effectif ne dépasse pas dix emplois à plein temps en moyenne annuelle.

NB: Chaque actionnaire a le droit d'exiger un contrôle restreint (effectué par un réviseur agréé) au plus tard dix jours avant l'assemblée générale et mettre ainsi fin à l'*opting out* ou *opting down* (art. 727a al. 4 CO)

4.2. Opting up

De passer d'un contrôle restreint à un contrôle ordinaire.

L'*opting up* suppose une décision de l'AG/AA ou une disposition des statuts (art. 727 al. 3 CO). Or la loi prévoit qu'un contrôle ordinaire doit être fait sur demande d'actionnaires/associés représentant 10% du capital-actions/capital social (art. 727 al. 2 CO, renvoi à l'art. 818 CO).

Dans une Sàrl, un contrôle ordinaire peut aussi être exigé par tout associé tenu à des versements supplémentaires (art. 818 al. 2 CO). Le même droit est attribué à l'associé ayant quitté la société et dont l'indemnité n'a pas été entièrement versée (art. 825a al. 4 CO).

V. Problèmes dans l'organisation – Carence

Art. 731b CO, renvoi à l'art. 819 CO)

Art. 731b CO

1. Lorsque la société ne possède pas tous les organes prescrits ou qu'un de ces organes n'est pas composé conformément aux prescriptions, un actionnaire, un créancier ou le préposé au registre du commerce peut requérir du juge qu'il prenne les mesures nécessaires. Le juge peut notamment:

1. fixer un délai à la société pour rétablir la situation légale, sous peine de dissolution;
2. nommer l'organe qui fait défaut ou un commissaire;
3. prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite.

2. Si le juge nomme l'organe qui fait défaut ou un commissaire, il détermine la durée pour laquelle la nomination est valable. Il astreint la société à supporter les frais et à verser une provision aux personnes nommées.

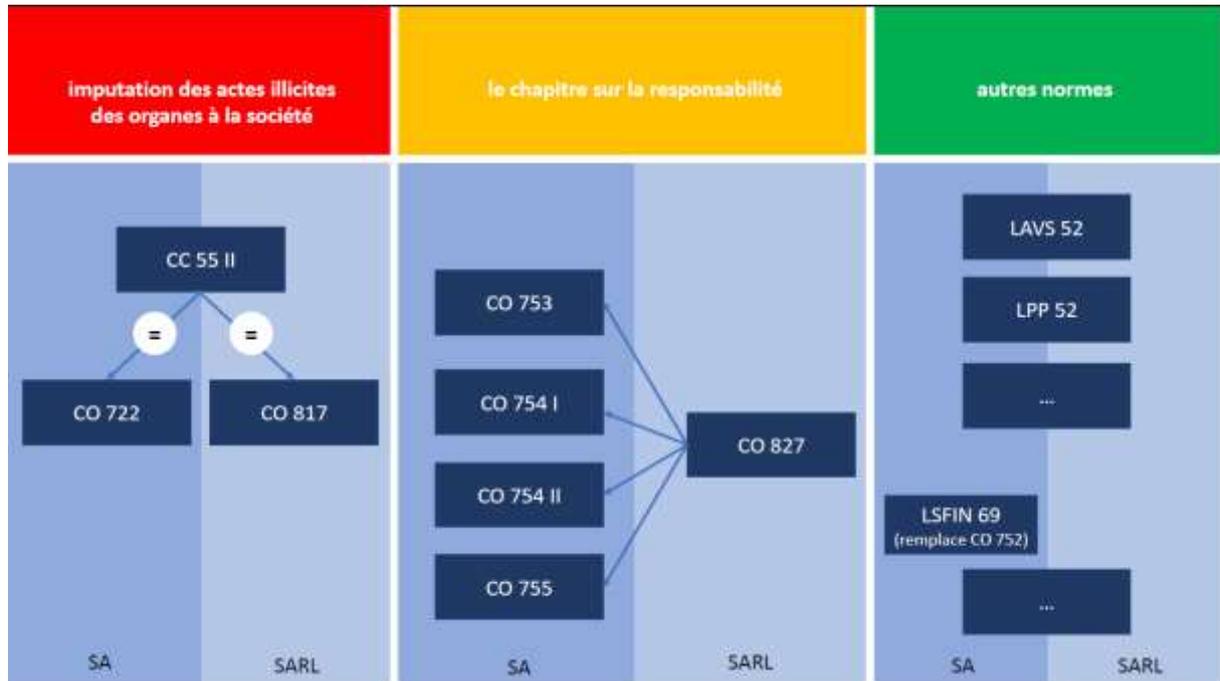
3. La société peut, pour de justes motifs, demander au juge la révocation de personnes qu'il a nommées.

En cas de défaillance d'un organe prescrit par la loi, il faut aller vers le juge. En fait, l'AG a la compétence intransmissible d'élire des organes, on ne peut pas pallier la défaillance d'une autre manière. Le juge doit prendre la mesure la moins incisive possible. La dissolution de la société est une *ultima ratio*.

12. RESPONSABILITÉ

I. Introduction

1. Normes applicables



2. Personnes visées et violations sanctionnées

Personne visée	Violation sanctionnée	Norme
Fondateurs	Règles sur la fondation (liste)	Art. 753 CO Pour la Sàrl, renvoi de l'art. 827 CO
Personnes chargées de la gestion	Devoir de dirigeants	Art. 754 al. 1 CO Pour la Sàrl, renvoi de l'art. 827 CO
Personnes ayant délégué la gestion	Règles sur délégation & choix, instructions, surveillance	Art. 754 al. 2 CO Pour la Sàrl, renvoi de l'art. 827 CO
Personnes chargées de la révision	Devoirs des réviseurs	Art. 755 CO Pour la Sàrl, renvoi de l'art. 827 CO
Société	Acte illicite des organes de gestion	Art. 722 CO Art. 817 CO Art. 55 al. 2 CC
Personnes chargées de la gestion	Paiements de cotisations sociales	Art. 52 LAVS Art. 52 LPP (vaut pour SA et Sàrl)

II. Conditions des actions en réparation du dommage causé à la société

Conditions des actions prévues à CO 753, CO 754 et CO 755

1. Observations préliminaires

1.1. Cas visé dans ce chapitre du cours

Les art. 753 à 755 CO visent deux états de fait assez différents :

1. celui où la société subit un dommage et
2. celui où le dommage est subi directement par un-e actionnaire, respectivement une créancière ou un créancier de la société

Cela résulte notamment de la comparaison des notes marginales de ces dispositions avec celles des art. 756 ss CO, lesquelles concernent exclusivement le cas où le dommage est subi par la société.

Comme l'indique le titre de cette présentation, elle se concentre sur le cas où le **dommage est subi par la société** (voir aussi la présentation sur l'action en réparation du dommage subi par les actionnaires/les créanciers ainsi que celle sur les concours d'actions)

1.2. Exemples de dommages causés à la société

Le souscripteur remet un apport surévalué à la société	→	la société, qui ne peut plus récupérer ce montant auprès du souscripteur subit un dommage correspondant à la surévaluation
L'administratrice		
- a consenti des dividendes cachés à certains actionnaires/ associés	→	la société, qui ne peut plus récupérer ce montant auprès des actionnaires subit un dommage correspondant au trop-payé
- a mal surveillé un directeur qui fait des investissements spéculatifs	→	la société subit un dommage correspondant aux pertes liées à la spéculation
L'organe de révision omet d'aviser le juge en cas de surendettement manifeste	→	l'avis au juge aurait entraîné la faillite de la société et, par conséquent, la cessation de ses activités; si la société continue ses activités et qu'elle subit des pertes (pour quelque raison que ce soit), celles-ci constituent un dommage pour la société

NB : dans tous les exemples, la société **subit des pertes** et s'appauvrit (il y a un *damnum emergens*) ; théoriquement le dommage subi par la société peut aussi résulter de ce qu'elle **ne réalise pas un profit qu'elle devrait réaliser** (*lucrum cessans*), mais cela est beaucoup plus rare et plus difficile à prouver.

1.3. Dommage à la société lèse automatiquement les actionnaires et créanciers

A. Situation des actionnaires.

Lorsque la société subit un dommage la situation des actionnaires se péjore automatiquement :

- Tant que la société n'est pas surendettée, le dommage subi par la société entraîne un dommage (par ricochet) concret pour les actionnaires; celui-ci correspond à la **baisse**

de la valeur de la participation des actionnaires

- La valeur de la **participation d'un-e actionnaire ne descend jamais au-dessous de zéro**, de sorte que dès que la société est surendettée, l'actionnaire ne peut plus subir de dommage (concret) supplémentaire ; cela étant, théoriquement du moins, la situation d'un-e actionnaire d'une société très surendettée est moins bonne que celle d'un-e actionnaire qui est seulement juste surendettée

B. Situation des créanciers

Lorsque la société subit un dommage la situation des créanciers se péjore automatiquement :

- Tant que la société n'est pas surendettée, les créanciers voient **la solvabilité de leur débitrice diminuer**, mais leurs créances restent couvertes par les actifs de la société; leur dommage n'est donc pas concret à ce stade
- Le dommage des créanciers devient effectif lorsque la société est surendettée et que les actifs ne suffisent plus à couvrir toutes les créances; au mieux, **les créanciers reçoivent une fraction de leurs créances**

C. Exemple

X SA, société active dans la production de montres, a un capital de CHF 100'000.-, divisé en 1000 actions de CHF 100.-. Ses fonds propres s'élèvent à CHF 150'000.-; ses fonds de tiers à CHF 100'000.-.

Bilan initial de X SA.

Actif		Passif	
Actifs	250'000	100'000	Fonds de tiers
		100'000	Capital
		50'000	Réserves diverses
Total	250'000	250'000	Total

La valeur de la société est donc de CHF 150'000. Une action à une valeur réelle de CHF 150. Les créances sont couvertes à 100%, il y a CHF 250'000 d'actifs pour couvrir CHF 100'000 de dettes.

L'administratrice place une partie substantielle des liquidités de la société dans des produits dérivés. La spéculation échoue et la société perd CHF 200'000.- dans l'affaire.

Bilan de X. SA après l'opération (*ceteris paribus*)

Actif		Passif	
Actifs	250'000	100'000	Fonds de tiers
		200'000	Dettes de spéculation
		100'000	Capital
		(- 150'000)	Pertes
Total	250'000	250'000	Total

Le dommage pour la société est de CHF 200'000 (énoncé). La valeur réelle d'une action est désormais CHF 0. Les actionnaires ont donc un dommage indirect de CHF 150 par action, soit un dommage total de CHF 150'000 pour toutes leurs actions.

La couverture des créances se réduit aussi : Il y a CHF 250'000 d'actifs pour CHF 300'000 de créances. Le degré de couverture est donc de $\frac{250'000}{300'000} = 83,3\%$. Le dommage indirect que subissent les créanciers est donc de 16,7% de la valeur de leur créance, soit CHF 50'000 en total. On suppose que les actifs n'ont pas changé, et que la dette de spéculation s'inscrit comme dette à côté des autres fonds des tiers (inchangés).

2. Structure des actions

Les normes de responsabilité sont structurées de la même manière que les règles de responsabilité « habituelles » (art. 41 et 97 CO).

	Art. 41 CO	Art. 97 CO	Art. 753 CO	Art. 754 al. 1 CO	Art. 754 al. 2 CO	Art. 755 CO
Auteur possible	Pas de restriction	Cocontractant(e)	Fondatrice ou fondateur (sens large)	Personne qui s'occupe de la gestion	Personne ayant délégué des tâches de gestion	Personne qui s'occupe de la révision
Chef de responsabilité	Acte illicite	Violation du contrat	Violation devoirs énumérés à 753 ch. 1 à ch. 3	Violation devoirs de gestion	Délégation illicite/ violation choix, instructions, surveillance	Violation règles sur la révision
Faute	Intention ou négligence (à prouver)	Intention ou négligence (présumé)	Intention ou négligence (à prouver) Intention nécessaire pour ch. 3	Intention ou négligence (présumé)	Intention ou négligence (présumé)	Intention ou négligence (présumé)
Lien causal	Naturel et adéquat	Naturel et adéquat	Naturel et adéquat	Naturel et adéquat	Naturel et adéquat	Naturel et adéquat
Dommege	<i>Damnum emergens</i> / (<i>Lucrum cessans</i>)	<i>Damnum emergens</i> / (<i>Lucrum cessans</i>)	<i>Damnum emergens</i> / (<i>Lucrum cessans</i>)	<i>Damnum emergens</i> / (<i>Lucrum cessans</i>)	<i>Damnum emergens</i> / (<i>Lucrum cessans</i>)	<i>Damnum emergens</i> / (<i>Lucrum cessans</i>)

NB : comme vu précédemment, ces normes sont applicables par renvoi de CO 827 pour la Sàrl

3. Responsabilité des fondateurs (art. 753 CO)

3.1. Personne visées

Les auteurs possibles sont la fondatrice ou le fondateur au sens large, soit toutes les personnes qui exercent des fonctions en lien avec la fondation ou avec une augmentation du capital :

- souscripteurs,
- notaire qui rédige acte de fondation,
- conseil d'administration qui établit le rapport CO 652e (concours avec l'art. 754 al. 1 CO)
- banque qui consigne les apports en espèces,
- société de révision qui établit attestation de vérification (concours avec l'art. 755 CO),
- personne qui participe à l'évaluation d'apports en nature,
- préposé-e registre du commerce qui opère inscription

3.2. Violation des devoirs énumérées à l'art. 753 ch. 1 à 3 CO

Art. 753 CO

Les fondateurs, les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui coopèrent à la fondation d'une société répondent à son égard de même qu'envers chaque actionnaire et créancier social du dommage qu'ils leur causent:

1. en indiquant de manière inexacte ou trompeuse, en dissimulant ou en déguisant, intentionnellement ou par négligence, des apports en nature, des reprises de biens ou des avantages particuliers accordés à des actionnaires ou à d'autres personnes, dans les statuts, dans un rapport de fondation ou d'augmentation de capital-actions, ou en

- agissant de quelque autre manière illégale lors de l'approbation d'une telle mesure;
2. en faisant inscrire, intentionnellement ou par négligence, la société au registre du commerce au vu d'une attestation ou de quelque autre document qui renfermerait des indications inexactes;
 3. en concourant sciemment [**intentionnellement**] à ce que soient acceptées des souscriptions émanant de personnes insolvables.

4. Responsabilité des organes de gestion

4.1. Personnes responsables

Ce n'est jamais « l'organe » en tant que centre de fonctions (conseil d'administration, direction) qui est responsable, mais les personnes (physiques ou, exceptionnellement, morales) qui assument les fonctions dirigeantes qui peuvent l'être.

Le cercle des personnes responsables comprend 3 catégories d'« organes » :

Organes au sens formel : membres du conseil d'administration

Organes au sens matériel : personnes auxquelles le conseil d'administration ou la direction a délégué des fonctions de direction – i.e. des fonctions dirigeantes qui leur permettent de participer de manière significative à la formation de la volonté sociale (c'est le pouvoir effectif et non pas le titre qui compte; il ne suffit pas de préparer et/ou exécuter les décisions de gestion; le fait de disposer de la signature sociale est insuffisant)

Organe de fait : personne qui, sans en avoir la légitimité, assume *de facto* des fonctions dirigeantes et influence de manière décisive la formation de la volonté sociale (p.ex. actionnaire majoritaire qui communique instructions à administratrice de paille; tiers qui s'ingère de manière indue dans les affaires sociales; etc.)

4.2. Devoirs pertinents

A chaque catégorie d'organe, il faut associer un ensemble de devoirs dont la violation peut entraîner la responsabilité

Organes au sens formel : obligations incombant aux membres du conseil d'administration (et qui n'ont pas été déléguées), en particulier :

- CO 716a (attributions fondamentales du CA)
- CO 716 II (toutes fonctions qui n'ont pas d'autre attributaire désigné et qui sont nécessaires à la gestion de la société)
- CO 717 (diligence, fidélité, égalité de traitement actionnaires)

Organes au sens matériel : obligations liées aux tâches déléguées. Il faut donc examiner l'étendue précise de la délégation.

Organe de fait : obligations liées aux tâches assumées *de facto*. Si la loi implique obligation d'agir dans une telle fonction assumée, la violation du devoir peut résulter d'une omission, p.ex. ne pas déposer le bilan ou ne pas avoir fait payer les cotisations sociales)

4.3. Intention ou négligence

On attend d'une personne qui assume des fonctions de gestion qu'elle se comporte « comme une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances », cela signifie :

- qu'on attend d'elle qu'elle ne viole pas la loi; il en résulte que toute violation est fautive, à moins que la personne ait pris les mesures qui étaient en son pouvoir pour empêcher la violation
- on ne pardonnera pas l'ignorance d'une personne qui a assumé des fonctions de

gestion ; si ponctuellement, elle ignore quelque chose qu'elle devrait savoir, elle doit demander des explications – si elle ne comprend pas suffisamment les fonctions de gestion, elle doit renoncer à son mandat car le fait d'accepter un mandat, alors qu'on ne dispose pas des connaissances suffisantes est en soi considéré comme une faute

- le fait de disposer de connaissances particulières en lien avec la violation est de nature à aggraver la faute
- on ne peut pas se disculper en indiquant qu'on était absent ou qu'on n'était pas disponible
- le fait de démissionner pour éviter d'être responsable peut être considéré comme une faute si on pouvait éviter le dommage en ne démissionnant pas

5. Excursus : Délégation licite de fonctions de gestion

5.1. Conditions formelles

1. Clause statutaire autorisant la délégation de fonctions:

En règle générale, la délégation est prévue par une clause générale autorisant le conseil d'administration à déléguer tout ou partie de la gestion à un ou plusieurs membres du CA ou à des tiers.

La société peut autoriser la délégation de certaines fonctions de gestion seulement.

Selon le TF (ATF 137 III 503), la société peut définir plus précisément le cercle de personnes auxquels il est possible de déléguer des fonctions (p.ex. des personnes indépendantes de l'actionnaire majoritaire).

2. Règlement d'organisation

Le règlement d'organisation doit fixer les modalités de la gestion, déterminer les postes nécessaires, en définir les attributions et régler en particulier l'obligation de faire rapport.

Le CA peut être tenu de renseigner sur son contenu sur requête d'actionnaires ou créanciers avec intérêt digne de protection

Il n'est pas nécessaire que ce document soit formellement désigné comme étant un règlement d'organisation, mais il faut qu'il résulte d'une décision du conseil d'administration valablement prise et constatée par procès-verbal.

5.2. Conditions matérielles

1. Fonctions pouvant être déléguées

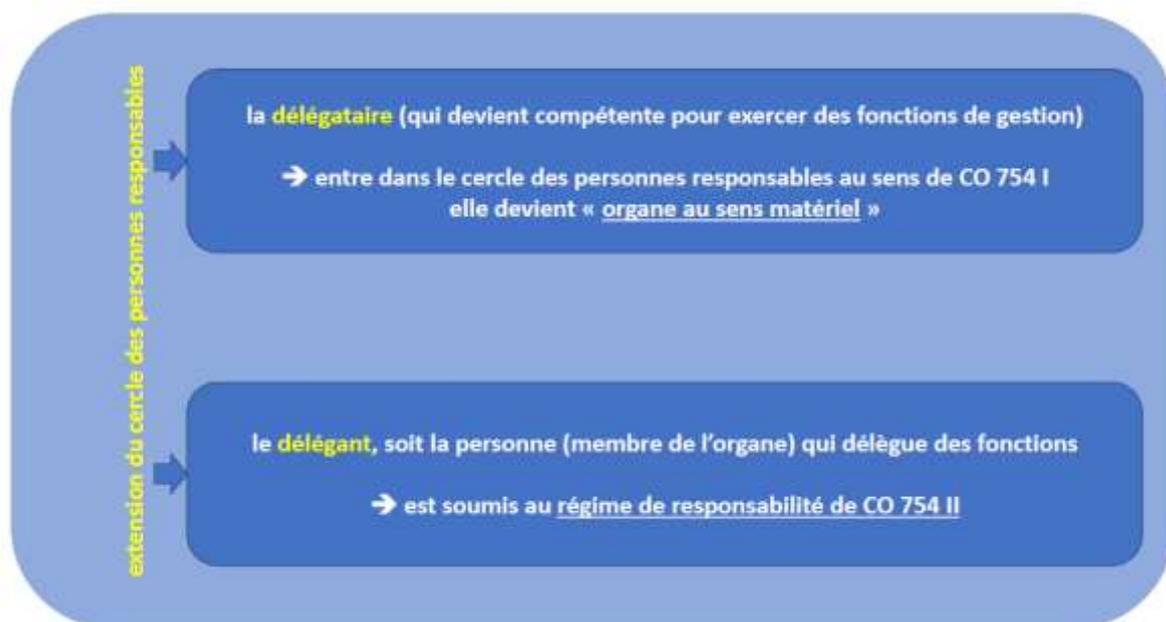
Toutes les fonctions sauf

- fonctions intransmissibles et inaliénables du CA prévues à l'art. 716a CO
- autres fonctions non déléguables.
 - o Certaines fonctions ne peuvent jamais être déléguées, p.ex. décider d'une augmentation du capital autorisé).
 - o Pour d'autres, cela dépend des circonstances particulières de la société concernée (ce qui est OK dans une multinationale, ne l'est pas nécessairement dans une petite société)

2. Respect des trois *curae*

- devoir de diligence dans le choix des délégataires
- devoir de diligence dans les instructions des délégataires
- devoir de diligence dans la surveillance des délégataires

5.3. Conséquence de la délégation de fonctions de gestion



6. Responsabilité de la personne ayant délégué une tâche

NB: CO 754 II est formulée comme une norme d'**exculpation** et laisse entendre qu'il y a obligation de réparer le dommage causé par un tiers, à moins de prouver que l'on a respecté les trois *curae*.

Il est plus cohérent avec le système général de la responsabilité du droit de la société anonyme de traiter cette disposition comme une norme de responsabilité pour les manquements en matière de délégation: i.e. vérifier s'il y a eu **violation des règles sur la délégation** et si cette violation était **fautive in casu**.

L'auteur possible est ainsi toute personne (membre d'un organe) qui a délégué des fonctions. Le chef de responsabilité non-respect des conditions formelles et/ou matérielles de la délégation.

L'auteur doit agir fautivement (intentionnellement ou par négligence). Cependant, l'intention / négligence est présumée. Cf. *supra* 4.3. concernant la responsabilité de l'administrateur.

7. Responsabilité dans la révision

7.1. Personne visée

« **Réviseur** », i.e. personne désignée comme organe de révision/appelée à exercer des fonctions ponctuelles de révision.

« **Réviseur de fait** », i.e. personne qui, sans avoir été valablement désignée, assume de telles fonctions

7.2. Chef de responsabilité : violation des règles sur la révision

Obligations liées à la révision stricto sensu

- CO 728a à 728c pour révision ordinaire
- CO 729a à 729c pour révision restreinte

Autres obligations

- vérification du rapport de fondation et attestation (CO 635a)
- vérification du rapport d'augmentation et attestation (CO 652f)
- attestation réalisation conditions de réévaluation (CO 670)

- vérification bilan intermédiaire (CO 725 II)
- attestation couverture des créances en cas de réduction (CO 732 II)
- attestation avant répartition anticipée des actifs (CO 745 III)

7.3. Faute : Intention ou négligence

Appréciation par rapport au comportement d'un réviseur diligent placé dans les mêmes circonstances (cf. *supra* 4.3. concernant l'art. 754 al. 1 CO par analogie)

III. Mise en œuvre des actions en réparation du dommage causé à la société

Mise en œuvre des actions prévues à CO 753, CO 754 et CO 755.

Les dispositions pertinentes se trouvent aux art. 756 à 758 CO. Ces articles s'appliquent exclusivement en cas de dommage subi par la société (cf. note marginale).

Il faut distinguer deux situations :



1. Société hors faillite (art. 756 CO)

1.1. Qualité pour agir de la société

A. Principes

L'action peut être mise en route par :

Une **décision du conseil d'administration** – en vertu de CO 716 II, car il s'agit d'une décision de gestion dont l'implémentation implique la représentation de la société;

- action peu vraisemblable **contre les membres du CA** (sauf en cas de remplacement des membres responsables d'un dommage)
- action peu vraisemblable **contre les délégués**, vu le risque d'actions récursoires fondées sur CO 754 II et CO 759
- action peu vraisemblable contre les **organes de fait**, qui souvent détiennent le pouvoir

Une **décision de l'assemblée générale** – la compétence parallèle de l'AG résulte implicitement de CO 693 III ch. 4, qui concerne le cas où la société a émis des actions à droit de vote privilégié et prévoit que le privilège de vote est inefficace pour cette décision; elle vaut naturellement aussi quand il n'y a pas d'actions à droit de vote privilégié

- le cas visé par CO 693 III ch. 4 reste rare
- l'action est très peu vraisemblable en cas d'identité entre actionnaires majoritaires et membres du Conseil d'administration
- l'action reste peu vraisemblable, même lorsqu'il n'y a pas une telle identité, puisque dans ce cas on préférera changer les membres du CA afin que le nouveau CA prenne la décision d'agir

Dans l'hypothèse où l'action décidée par l'AG est dirigée contre des organes qui restent en place, l'AG désigne une curatrice ou un curateur pour représenter la société (CO 693 III ch. 4 s'applique à cette désignation si société avec actions à droit de vote privilégié: ATF 132 III 707).

B. Principales exceptions opposables à l'action de la société

i) Décharge

Art. 758 CO - Effet de la décharge

1. Pour les faits révélés, la décharge donnée par l'assemblée générale est opposable à la société et à l'actionnaire qui a adhéré à la décharge ou qui a acquis les actions postérieurement en connaissance de celle-ci.

2. Le droit des autres actionnaires d'intenter action s'éteint six mois après la décharge.

Pour que la décharge soit efficace, i.e. pour qu'elle puisse valoir reconnaissance négative de dette et être valablement opposée à une action en responsabilité, il faut que l'AG ait voté la décharge en ayant connaissance de toutes les circonstances pertinentes relatives à l'opération concernée (acte et conséquences). Cela implique aussi qu'elle ait été informée de la situation de conflit d'intérêts dans lequel se trouvait l'administrateur ayant conclu une transaction avec la société.

ii) Le consentement de la société à l'acte ayant donné lieu au dommage.

On admet qu'il y a consentement de la société si et seulement si tous les actionnaires ont consenti en connaissance de cause.

1.2. Qualité pour agir des actionnaires

A. Principe

Selon CO 756, « **chaque** » **actionnaire** peut intenter l'action étant précisé que le produit de l'action va toujours à la société.

Cela étant, l'introduction d'une action par l'**actionnaire majoritaire** ne présente aucun intérêt ; lorsque l'on dispose de la majorité des voix à l'assemblée générale, il est préférable de faire agir la société et de lui faire supporter les coûts de l'action.

En conséquence, l'action est plutôt réservée aux **actionnaires minoritaires**. Cela étant, elle reste rare notamment pour les motifs suivants :

- L'actionnaire qui intente l'action supporte des **frais disproportionnés** (calculés en proportion du dommage subi par la société) par rapport à sa propre situation (son dommage indirect représente une petite fraction du dommage total)
- Si l'actionnaire obtient gain de cause, le **produit de l'action va à la société**; il continuera à être géré par les personnes qui avaient provoqué le dommage.
- L'action est un cas d'école des **problèmes du passager clandestin** et de l'**action collective** (chaque actionnaire préfère participer gratuitement au résultat de l'action en responsabilité intentée par un-e autre actionnaire que de payer pour obtenir ce résultat, en conséquence, aucun-e n'est incité-e à intenter l'action)

B. Principales exceptions opposables à l'action des actionnaires

i) Le consentement de l'actionnaire à l'acte ayant donné lieu au dommage.

ii) Décharge

Pour les faits révélés*, la décharge donnée par l'assemblée générale est opposable à

l'actionnaire qui a voté la décharge (art. 758 al. 1 CO).

Pour les faits révélés*, la décharge donnée par l'assemblée générale est opposable à l'actionnaire qui n'a pas voté la décharge à moins que l'action ne soit introduite dans un délai de péremption de six mois depuis le vote de l'assemblée générale (art. 758 al. 2 CO).

* **Faits révélés :** Pour que la décharge soit efficace, i.e. pour qu'elle puisse valoir reconnaissance négative de dette et être valablement opposée à une action en responsabilité, il faut que l'AG ait voté la décharge en ayant connaissance de toutes les circonstances pertinentes relatives à l'opération concernée (acte et conséquences). Cela implique aussi qu'elle ait été informée de la situation de conflit d'intérêts dans lequel se trouvait l'administrateur ayant conclu une transaction avec la société.

1.3. Qualité pour agir des créanciers ?

Il résulte de CO 756 (qui contient sur ce point un silence qualifié), que **tant que la société n'est pas en faillite**, les **créanciers n'ont pas qualité pour agir en réparation du dommage causé à la société**.

(voir aussi CO 757 I, 1e phrase: Dans la faillite de la société lésée, les créanciers sociaux ont aussi le droit de demander le paiement à la société de dommages-intérêts. Il en résulte *a contrario* que cette possibilité n'existe pas hors faillite)

La *ratio legis* (qui n'est pas 100% convaincante) est que le dommage indirect des créanciers devient seulement effectif au moment où la société est surendettée.

2. Société en faillite (art. 757 CO)

Art. 757 CO - Prétentions dans la faillite

1. Dans la faillite de la société lésée, les créanciers sociaux ont aussi le droit de demander le paiement à la société de dommages-intérêts. Toutefois, les droits des actionnaires et des créanciers sociaux sont exercés en premier lieu par l'administration de la faillite.

2. Si l'administration de la faillite renonce à exercer ces droits, tout actionnaire ou créancier social peut le faire. Le produit sert d'abord à couvrir les créances des créanciers demandeurs, conformément aux dispositions de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite. Les actionnaires demandeurs participent à l'excédent dans la mesure de leur participation à la société; le reste tombe dans la masse.

3. Est réservée la cession de créance de la société, conformément à l'art. 260 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.

2.1. L'idée du législateur : Trois types de prétentions

1. Prétentions de la société

- visent réparation de **tout le dommage causé à la société**
- opposabilité de **toutes les exceptions à l'égard de la société**, i.e. consentement et décharge
- c'est la **masse en faillite** qui peut les exercer (règle générale, qui n'a pas besoin d'être répétée)
- ces prétentions peuvent être exercées par les créanciers via une **cession au sens de l'art 260 LP** (cf. 757 al. 3)

2. Prétentions des créanciers

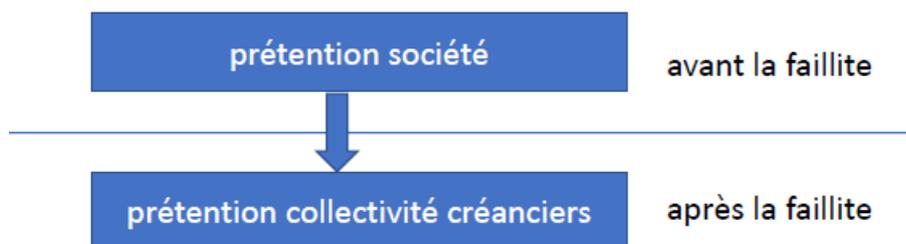
- visent réparation du **dommage indirect causé à chaque créancier individuellement**
- opposabilité de toutes les **exceptions** à l'égard du créancier concerné, i.e.

- consentement, faute concomitante
 - c'est la **masse en faillite** qui peut exercer toutes les actions des créanciers en priorité (CO 757 I)
 - si la masse renonce, chaque créancier peut exercer « son » action (cf. 757 al. 2)
- NB: le renvoi de CO 757 II à la LP concernant la couverture prioritaire des créanciers ne fait pas de sens, dès lors que chaque créancier ne réclame que la réparation de son propre dommage

3. Prétentions des actionnaires

- visent réparation du **dommage indirect causé à chaque actionnaire individuellement**
 - opposabilité de toutes les **exceptions** à l'égard de l'actionnaire concerné, i.e. consentement, décharge 758 I ou II)
 - c'est la **masse en faillite** qui peut exercer toutes les actions des actionnaires en priorité (CO 757 I)
 - si la masse renonce, chaque actionnaire peut exercer « son » action (cf. 757 al. 2)
- NB: le renvoi de CO 757 II à la LP concernant la couverture prioritaire des actionnaires pour l'excédent en fonction de leur participation ne fait pas de sens puisqu'il s'agit seulement de réclamer la réparation du dommage de l'actionnaire

2.2. Interprétation constante par le TF (initiée par l'ATF 117 II 432)



Au moment de la faillite la prétention de la société (que les actionnaires pouvaient aussi faire valoir conformément à CO 756) s'éteint ; elle est remplacée par une **prétention de la collectivité des créanciers** de la société faillie. Cette prétention a pour objet **la réparation de tout le dommage subi par la collectivité des créanciers** (un éventuel dommage subi par les actionnaires avant le surendettement n'est plus pertinent)

NB: seules les **exceptions opposables à tous les créanciers** (p.ex. consentement de tous les créanciers au dommage, qui est rare en pratique) peuvent être opposées à cette prétention.

2.3. La prétention de la collectivité des créanciers

La prétention de la collectivité des créanciers est exercée en priorité par **l'administration de la faillite** conformément à l'art. 757 al. 1 CO.

Si l'administration de la faillite renonce à exercer la prétention, le mécanisme de LP 260 s'applique : les **créanciers** de la société peuvent obtenir la cession de **l'action de la collectivité des créanciers**. Cela signifie que

- ils peuvent réclamer l'ensemble du dommage subi par la collectivité des créanciers
- seules les exceptions opposables à la collectivité des créanciers leur sont opposables
- ils ont le droit de se désintéresser en priorité sur le produit de l'action
- le solde du produit de l'action est versé à la masse pour distribution parmi les autres créanciers

NB: *de facto*, pour éviter de payer des frais de justice pour des démarches qui ne leur

profiteront pas, les créanciers cessionnaires réclameront rarement l'ensemble du dommage subi par la masse, mais se contenteront de réclamer la partie du dommage de la collectivité des créanciers qui correspond aux pertes subies par eux.

2.4. Quid des actionnaires ?

Selon l'**ATF 117 II 432**, une fois la faillite prononcée, il n'y a pas de place pour l'exercice d'une **action en responsabilité par les actionnaires**.

Dans des arrêts plus récents, le TF rappelle le texte de CO 757 II 1e phrase (qui fait état d'un exercice possible de l'action par les actionnaires), mais n'explique pas vraiment comment les actionnaires pourraient agir (LP 260 n'est pas conçu pour eux, le dommage de la collectivité des créanciers ne comprend pas un éventuel dommage subi par les créanciers,...)

il est vrai que la question est plus théorique que pratique

IV. Actions directes des actionnaires ou créanciers

Les conditions des art. 752 à 755 CO s'appliquent. En revanche, les dispositions de mise en œuvre des art. 756 à 761 **ne s'appliquent pas**.

Or, les actions des actionnaires ou créanciers peuvent aussi se fonder sur l'art. 41 CO ou la *culpa in contrahendo*.

1. Les états de fait visés par les actions directes

Cette présentation traite des cas où

- les actes/omissions liés à la fondation
- les actes/omissions dans l'activité de gestion
- les actes/omissions dans l'activité de révision

d'une société causent un dommage à un-e actionnaire, respectivement à une créancière ou un créancier et que **ce dommage est « indépendant » d'un dommage subi par la société**, en ce sens qu'il ne s'agit pas de la répercussion automatique d'un dommage causé à la société et qui touche tous les actionnaires/créanciers dans la même mesure.

On parle dans ces cas de « dommage direct » de l'actionnaire, respectivement de « dommage direct » du créancier.

1.1. Exemples de « dommage direct » des actionnaires

Souscription d'actions nouvelles à un prix trop élevé au moyen d'une tromperie sur la situation financière réelle de la société

- ⇒ le dommage de l'actionnaire correspond à la **différence entre la valeur des actions reçues et la valeur qu'auraient eu les actions** dans la situation présentée à l'actionnaire.

Le dommage de l'actionnaire est indépendant d'un dommage subi par la société ; il frappe exclusivement les actionnaires qui souscrivent les actions nouvelles en ignorant la situation financière réelle de la société

Fixation d'un prix d'émission trop bas lors d'une augmentation autorisée du capital avec suppression du droit préférentiel de souscription

- ⇒ le dommage correspond à la **dilution de la valeur des actions** de l'actionnaire privée de son droit préférentiel de souscription

Le dommage de l'actionnaire est indépendant d'un dommage subi par la société (qui voit sa fortune augmenter lors de l'augmentation du capital et qui reçoit la contreprestation convenue, i.e. le prix d'émission fixé, pour les actions nouvelles); le dommage ne frappe que les anciennes actionnaires de la société.

Répartition inégalitaire de l'actif net de liquidation entre les actionnaires

- ⇒ le dommage correspond à la différence entre ce que devait recevoir l'actionnaire et ce qu'elle a effectivement reçu

Le dommage ne concerne que l'actionnaire défavorisée; il n'est pas la conséquence d'un dommage subi par la société.

1.2. Exemples de « dommage direct » des créanciers

« Oubli » d'un créancier lors de la liquidation de la société

- ⇒ le dommage correspond à la valeur de ce que le créancier aurait obtenu si sa créance avait été prise en compte lors de la liquidation et ce qu'il peut récupérer

Le dommage ne concerne que le créancier « oublié » lors de la liquidation; il n'est pas la conséquence d'un dommage subi par la société

Prêt de fonds à une société surendettée qui peut résulter soit de bilans ou d'attestations de révision trompeuses, soit du fait que le créancier ignore le surendettement (ce cas est présenté plus en détail ultérieurement)

2. Structure des actions directes

Ce qui a été dit pour la **structure des normes de responsabilité** du droit de la SA et de la Srl en lien avec les actions en réparation du dommage causé à la société (actions « indirectes » des actionnaires et des créanciers) vaut aussi pour les actions en réparation du dommage direct, i.e. des actions en réparation du dommage causé à une actionnaire ou à un créancier – elles sont également construites selon la structure suivante :

- Norme de responsabilité
- Auteur possible
- Chef de responsabilité
- Faute
- Lien causal
- Dommage

3. Conditions des actions directes

Les observations relatives aux **conditions** de CO 753 à CO 755 en lien avec les actions en réparation du dommage causé à la société (actions indirectes) s'appliquent *mutatis mutandis* aux actions directes fondées sur ces dispositions, sous réserve des deux remarques suivantes :

1. Concernant l'auteur possible

On peut inclure dans le cercle des personnes pouvant être recherchées en responsabilité, celles qui apparaissent, à l'égard des tiers, comme fondatrices, organes de gestion ou organes de révision, même si au sein de la société, ces personnes ne disposent pas de suffisamment de compétences pour être qualifiées en tant que telles.

2. Concernant le chef de responsabilité

S'agissant des violations de devoirs susceptibles de causer un dommage direct il faut une action/omission en relation avec la personne lésée (ce comportement doit entrer dans le cercle des devoirs pertinents pour la norme de responsabilité en cause, i.e. CO 753, 754 ou 755)

Il s'agit régulièrement

- **d'atteintes aux droits spécifiques des actionnaires/créanciers** (p.ex. droit de souscription préférentiel, droit à une part de liquidation)
- de **problèmes d'information** (y compris, mais pas exclusivement, au moyen de faux

bilans ou de fausses attestations de révision) qui impactent spécifiquement les actionnaires/créanciers concernés parce qu'elles et ils prennent des dispositions en se fondant sur cette information;

- de violations **d'autres normes du droit commun** destinées à protéger spécifiquement les personnes lésées (p.ex. règles sur les assurances sociales destinées à protéger les travailleurs, soit une catégorie particulière de créanciers)
- ou encore de comportements (p.ex. manque de surveillance) qui **favorisent indirectement** les actions/omissions précitées

4. Mise en œuvre des actions directes

Il faut distinguer deux situations:

1. celle où l'actionnaire, respectivement le créancier subissent seuls un dommage: on parle d'un **dommage exclusif de l'actionnaire/du créancier**
2. celle où **en plus** du dommage subi individuellement par l'actionnaire/le créancier, la société a également subi un dommage dont la réparation permet de supprimer le dommage de l'actionnaire, respectivement celui du créancier; dans ce cas, il y a **concours entre l'action en réparation du dommage causé à la société et l'action en réparation du dommage direct de l'actionnaire/créancier**

4.1. Dommage exclusif de l'actionnaire / du créancier

Exemple 1 (actionnaire)

Investisseur auquel les membres du conseil d'administration montrent un faux bilan pour cacher une perte importante subie par la société en raison d'événements naturels et qui, lors d'une augmentation du capital, souscrit des actions nouvelles à un prix surfait.

NB : La perte cachée résulte d'événements naturels; on ne peut pas la reprocher aux membres du CA. Le fait de ne pas la faire apparaître sur le bilan ne change pas la situation financière de la société et ne lui cause pas de perte.

bilan présenté				bilan réel			
actifs	5'000'000*	1'000'000	fonds de tiers	actifs	2'000'000	1'000'000	fonds de tiers
		100'000	capital			100'000	capital
		3'900'000	réserves div.			900'000	réserves div.
total	5'000'000	5'000'000	total	total	2'000'000	2'000'000	total

La FS d'après le bilan présenté est donc de CHF 4'000'000. La valeur réelle d'une action (on suppose qu'il y ait 100'000 action d'une valeur nominale de CHF 1) est de CHF 40. L'investisseur souscrit donc 100'000 nouvelles actions pour CHF 40 chacune. Son investissement total est de CHF 4'000'000.

bilan réel (après augmentation)			
actifs	6'000'000	1'000'000	fonds de tiers
		200'000	capital
		4'800'000	réserves div.
total	6'000'000	6'000'000	total

La FS après l'augmentation est de CHF 5'000'000. La valeur réelle (v.n. = CHF 1) d'une action est donc de CHF $25 = \frac{5'000'000}{200'000}$. La participation de l'investisseur vaut en réalité CHF 2'500'000. Il subit donc une perte de CHF 1'500'000 (4'000'000 – 2'500'000).

La société ne subit aucun dommage en lien avec cette augmentation, au contraire.

Les **conditions** de CO 754 sont réalisées :

- les membres du CA sont des organes au sens formel
- il y a violation de devoirs du CA – établissement et utilisation d'un bilan avec des actifs surévalués
- cette violation est fautive
- elle cause un dommage de CHF 1'500'000.- à l'investisseur qui devient actionnaire
- la causalité naturelle et adéquate est donnée (il n'aurait pas souscrit des actions à un prix surfait si le bilan avait fait état de la situation financière réelle)

Conformément aux principes généraux appliqués pour les normes de responsabilité :

- **la personne lésée a qualité pour agir en réparation de son dommage**
- **la survenance de la faillite ne va jamais priver l'actionnaire de sa qualité pour agir (l'administration de la faillite de la société ne sera jamais compétente pour exercer l'action de l'actionnaire)**

Exemple 2 (créancier)

Expert-réviseur agréé qui atteste que les dettes sont éteintes au sens de CO 745, sans aucune vérification de la situation réelle auprès de la société, et qui ne s'aperçoit pas qu'un créancier n'a pas été payé. Répartition de l'actif net entre les actionnaires, qui sont toutes à l'étranger et radiation de la société. Il n'y a plus de fonds pour payer le créancier oublié.

NB : la perte frappe exclusivement le créancier oublié.

Les **conditions** de CO 755 sont réalisées:

- l'expert réviseur agréé entre dans le cercle des personnes responsables au sens de CO 755
- il n'aurait pas dû attester que les dettes étaient éteintes sans faire aucune vérification
- cette violation est fautive
- elle cause un dommage au créancier (on ignore ici le dommage précis du créancier: si les actionnaires ont touché une somme supérieure à la valeur de la créance du créancier oublié, son dommage correspond à la valeur de sa créance; si ce montant était inférieur à la valeur de la créance, il faut voir combien aurait reçu le créancier dans une liquidation effectuée en respectant le principe d'égalité de traitement entre les créanciers).
- la causalité naturelle et adéquate est donnée (si l'expert réviseur avait fait correctement son travail, il aurait pu et dû se rendre compte de ce qu'un créancier n'a pas été payé et une répartition anticipée aurait été empêchée)

Conformément aux principes généraux appliqués pour les normes de responsabilité

- **la personne lésée a qualité pour agir en réparation de son dommage**
- le créancier **n'a pas à attendre une quelconque survenance de la faillite** – de la société qui a été radiée – pour agir
- **(l'administration de la faillite de la société ne sera jamais compétente pour exercer l'action du créancier)**

4.2. Concours d'actions

Exemple 1

Reprenons le cas de l'investisseur qui souscrit de nouvelles actions sur la base d'un faux bilan (cf. ci-dessus)

Admettons que la perte subie par la société (qui a été cachée par les membres du conseil d'administration) n'est pas due à un événement naturel, mais à des fautes de gestion (p.ex. spéculations indues).

bilan présenté = situation sans mauvaise gestion				bilan réel			
actifs	5'000'000	1'000'000	fonds de tiers	actifs	2'000'000	1'000'000	fonds de tiers
		100'000	capital			100'000	capital
		3'900'000	réserves div.			900'000	réserves div.
total	5'000'000	5'000'000	total	total	2'000'000	2'000'000	total

prix d'émission des actions: 40 x valeur réelle → investisseur souscrit 100'000 à un prix de 4'000'000

bilan réel (après augmentation)				valeur des actions de I après augmentation:	
actifs	6'000'000	1'000'000	fonds de tiers	FS = 6'000'000 – 1'000'000 = 5'000'000	
		200'000	capital	100'000 X (5'000'000/200'000) = 2'500'000.-	
		4'800'000	réserves div.		
total	6'000'000	6'000'000	total	perte subie: 4'000'000.- – 2'500'000.- = 1'500'000.-	

Dans une telle situation, deux actions sont *a priori* possibles, étant précisé que l'investisseur ne peut faire valoir que l'une d'entre elles (il n'a pas le droit à une double réparation du dommage) :

Option 1 : L'investisseur agit en réparation du dommage causé à la société.

Les conditions de l'action CO 754 sont données:

- Les membres du conseil d'administration sont des organes au sens formel
- Il y a violation d'un devoir de gestion: les membres du conseil d'administration n'auraient pas dû spéculer avec les fonds de la société
- Cette violation est fautive
- Il y a un dommage pour la société correspondant à la perte subie par la société (i.e. 3'000'000.-)
- Il y a causalité naturelle et adéquate (sans les spéculations, la société disposerait toujours de CHF 5'000'000.- d'actifs)

Comme la société n'est pas en faillite, **l'investisseur doit agir en se fondant sur CO 756 et les dommages-intérêts vont à la société.**

En procédant de la sorte, on peut réparer le dommage subi par la société (et le dommage indirect des actionnaires) et supprimer son dommage direct (le prix payé pour les actions nouvellement émises est en effet correct si la société récupère le dommage subi préalablement).

Du point de vue du bien de tous, cette manière de faire est préférable puisqu'elle supprime non seulement le dommage de la société, mais aussi celui de l'investisseur.

Du point de vue de l'investisseur, cette manière de faire présente les désavantages liés à une mise en œuvre par un actionnaire minoritaire selon CO 756 (cf. présentation mise en œuvre de l'action en réparation du dommage causé à la société).

Option 2 : L'investisseur agit en réparation de son dommage direct, i.e. du dommage qui lui a été causé individuellement

(cf. ci-dessus)

Les **conditions** de CO 754 sont réalisées:

- les membres du CA sont des organes au sens formel
- il y a violation de devoirs du CA – établissement et utilisation d'un bilan avec des actifs surévalués
- cette violation est fautive
- elle cause un dommage de CHF 1'500'000.- à l'investisseur qui devient actionnaire
- la causalité naturelle et adéquate est donnée (il n'aurait pas souscrit des actions à un

prix surfait si le bilan avait fait état de la situation financière réelle)

conformément aux principes généraux appliqués pour les normes de responsabilité

- **la personne lésée a qualité pour agir en réparation de son dommage**
- la survenance de la faillite ne va jamais priver l'actionnaire de sa qualité pour agir (l'administration de la faillite de la société ne sera jamais compétente pour exercer l'action de l'actionnaire).

L'action directe résout le problème de l'investisseur, mais ne résout pas le problème du dommage causé à la société.

Elle est particulièrement peu efficace lorsqu'il n'y a pas une, mais de nombreuses personnes qui ont été lésées directement.

« Quasi-Subsidiarité » de l'action directe

Compte tenu de ces éléments, lorsque tant les conditions d'une action en réparation du dommage direct que celles d'une action en réparation du dommage causé à la société sont réalisées, le TF a décidé de donner la **priorité à l'action en réparation du dommage causé à la société**.

Plus précisément, dans ces conditions, le TF considère que **l'action en réparation du dommage direct d'une actionnaire respectivement d'un créancier est seulement ouverte** lorsque l'actionnaire respectivement le créancier peuvent invoquer:

- la **violation d'une norme du droit commun** (p. ex. droit pénal) destinée (aussi) à protéger l'actionnaire, respectivement le créancier
- une **culpa in contrahendo**
- la **violation d'une norme du droit de la SA dite de protection exclusive**, à savoir d'une norme du droit de la SA destinée à protéger exclusivement les actionnaires*, respectivement destinée à protéger exclusivement les créanciers**, **à l'exclusion de toute norme dite de protection double***** (société et actionnaires, respectivement société et créanciers)

* sont considérées comme des normes du droit de la SA destinées à protéger exclusivement les actionnaires: le principe d'égalité de traitement (CO 717 II) qui vaut aussi lors de la répartition de l'actif net en cas de liquidation de la société ainsi que la règle « nul ne doit être avantagé ou désavantagé... » de CO 652b II

** sont considérées comme des normes du droit de la SA destinées à protéger exclusivement les créanciers: la norme qui prévoit la priorité des créanciers par rapport aux actionnaires lors de la liquidation de la société ainsi que celle qui prévoit l'égalité entre les créanciers (la doctrine ancre ces principes à CO 745)

*** font notamment partie des normes de protection doubles: toutes les normes de protection du capital (y compris CO 725 II) et celles sur l'établissement de la comptabilité

NB : dans le cas présenté, il y aurait concours entre l'action directe et l'action en réparation du dommage causé à la société (« action indirecte » de l'actionnaire) dès lors que l'investisseur a été trompé sur la base d'un faux bilan et que le droit pénal (CP 251) proscrie l'utilisation de faux dans les titres; cette norme du droit commun est destinée à protéger tout un chacun et, notamment, les investisseurs

Exemple 2 (dommage d'un créancier)

Le prêt à une société surendettée (cas d'école du dommage direct et indirect du créancier)

Situation au 30 juin 2019 :

A SA (30.6.2019) – liquidation et exploitation			
actifs	1'900'000	2'000'000	dettes
		1'000'000	capital
		(-1'100'000)	pertes
total	1'900'000	1'900'000	total

Admettez que l'administratrice de A SA ait pu et dû établir les bilans d'exploitation et de liquidation de la société au 30.6.2019.

Si elle l'avait fait à ce moment-là, la société aurait cessé ses activités alors qu'elle avait des pertes de CHF 1'100'000.-

À ce moment-là, les créanciers de la société auraient été couverts à concurrence de 95% (il y avait 1'900'000.- d'actifs pour 2'000'000.- de dettes)

Situation au 31. Décembre 2019

A SA (31.12.2019)			
actifs	1'000'000	2'000'000	dettes
		1'000'000	capital
		(-2'000'000)	pertes
total	1'000'000	1'000'000	total

6 mois plus tard, la situation de la société s'est détériorée. Elle a subi des pertes supplémentaires de CHF 900'000.-, qu'elle n'aurait pas subies si la société avait déposé son bilan au 30.6.

Il s'agit là d'un dommage de la société qui a été causé par le retard dans le dépôt du bilan.

Le retard dans le dépôt du bilan impacte indirectement les créanciers de la société; au 31.12, leurs créances ne sont plus couvertes qu'à concurrence de 50% (1'000'000.- d'actifs pour 2'000'000.- de dettes); ils subissent chacun un dommage indirect correspondant pour chacun des créanciers à 45% de la valeur de leur créance.

Le premier janvier 2020

Un créancier, qui ignore le surendettement de la société, lui prête CHF 1'000'000. Cette opération est financièrement neutre pour la société: elle a plus de dettes, mais aussi plus d'actifs; le montant de ses pertes est inchangé.

A SA (1.1.2020)			
actifs	1'000'000	2'000'000	dettes
nouveaux actifs	1'000'000	1'000'000	nouvelle dette
		1'000'000	capital
		(-2'000'000)	pertes
total	2'000'000	2'000'000	total

S'agissant des créanciers, il faut distinguer:

- les **anciens créanciers** de la société voient leur situation s'améliorer par rapport à la situation au 31.12, puisqu'ils toucheraient dorénavant 66,66% de leurs créances (il y a

2'000'000 d'actifs pour 3'000'000 de dettes)

[à ce stade, leur dommage indirect est de 28,33% de la valeur de leur créance, soit les 95% touchés si la faillite avait été prononcée en temps utile moins les 66,66% qu'ils toucheraient si la société était liquidée le 1^{er} janvier]

- le **nouveau créancier** de la société voit sa situation péjorer; il avait CHF 1'000'000.- en espèces avant de prêter, il ne toucherait plus que 66,66% de CHF 1'000'000 si la société était liquidée aujourd'hui. Le **nouveau créancier** subit immédiatement un dommage qui est indépendant de tout dommage subi par la société et qui correspond à 33,33% de la valeur de sa créance.

Situation le premier avril 2020

Depuis le prêt, la société a subi des pertes supplémentaires à hauteur de CHF 2'000'000.-

Ces pertes se répercutent sur tous les créanciers de la société; faute d'actifs, aucun créancier ne va récupérer quoi que ce soit dans faillite de la société.

A SA (1.4.2020)			
actifs	0	2'000'000	dettes
		1'000'000	nouvelle dette
		1'000'000	capital
		(-4'000'000)	pertes
total	0	0	total

Pour les **anciens créanciers**, l'ensemble du dommage subi (95% de leur créance perdue en raison du retard dans le dépôt du bilan) résulte de l'accumulation de pertes par la société: il s'agit d'un **dommage indirect**.

Pour le **nouveau créancier**, la situation doit être nuancée :

- la première partie du dommage (les 33,33% de la créance perdus immédiatement) est (seulement) un **dommage direct**
- la deuxième partie du dommage (les 66,66% restants) peut être considérée
 - o soit comme la conséquence du prêt intervenu dans l'ignorance de la situation de surendettement de la société ; dans ce cas, cette portion du dommage doit être qualifiée de **dommage direct** du créancier
 - o soit comme la conséquence de la perte supplémentaire subie par la société ; dans ce cas, cette portion du dommage doit être qualifiée de **dommage indirect** du créancier

Dans la réalité, il est souvent difficile de déterminer précisément la première portion du dommage, dès lors qu'on ne connaît pas précisément la situation de la société au moment où le prêt est consenti. C'est pourquoi, pour des raisons pratiques, **la jurisprudence considère que l'ensemble du dommage subi par le « nouveau créancier » est à la fois direct et indirect.**

En conséquence, dans le cas du prêt à une société surendettée:

Le **nouveau créancier** peut agir en **réparation du « dommage causé à la société »** (i.e. exercer « l'action en réparation de son dommage indirect ») en se fondant sur CO 757 si:

- la société a été déclarée en faillite et
- l'administration de la faillite lui a cédé l'action de la communauté des créanciers (à

défaut d'une telle cession le nouveau créancier n'est pas légitimé pour agir)

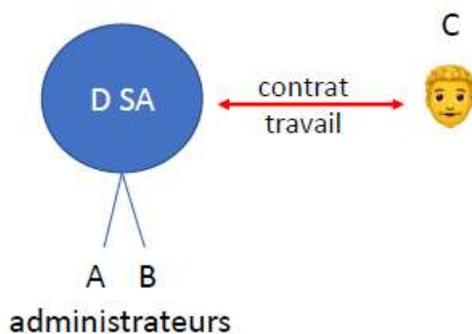
NB: le dommage subi par la communauté des créanciers comprend l'ensemble du dommage subi par tous les créanciers (ici: 100% de la créance du nouveau créancier + 95% des créances des anciens créanciers)

Le nouveau créancier peut agir en **réparation de son dommage direct** (sans même avoir besoin d'attendre la faillite de la société et sans nécessiter aucune cession d'action de la part de la masse en faillite)

- si on lui a présenté un **faux bilan** (il y a alors la violation d'une norme du droit commun – CP 251 – destinée aussi à protéger le créancier)
- s'il a **demandé des renseignements sur la situation financière de la société et qu'on lui a menti** (il y a alors *culpa in contrahendo*)

Il **ne peut pas agir en réparation de son dommage direct** s'il a présumé (comme le ferait toute personne raisonnable à sa place) qu'une société dont les organes n'ont pas demandé au juge de prononcer la faillite en vertu de CO 725 II n'est pas surendettée. Dans ce cas, en effet, il s'appuie sur une norme du droit de la société anonyme qui est une **norme de protection double**; CO 725 II est en effet destinée à protéger à la fois la société (contre une accumulation de pertes) et les créanciers.

Exemple 3 – ATF 141 III 112 (dommage d'un créancier)



Etat de fait

Contrat de travail prévoyant couverture 80% salaire par assurance maladie (CO 324a IV) sous forme d'indemnités journalières pour une période allant jusqu'à 723 jours après un délai d'attente de 7 jours.

D SA prélève cotisations, mais ne les verse pas à l'assurance maladie (compétence du CA). C tombe malade, l'assurance maladie ne lui verse pas les prestations dues.

Prétention (contractuelle) de C contre la société à hauteur des prestations non versées par l'assurance maladie. La société, qui tombe en faillite, n'est pas en mesure de verser ce montant.

C agit contre les administrateurs A et B en demandant le paiement des indemnités journalières (action en réparation de son dommage direct).

Les administrateurs sont d'avis qu'il n'est pas légitimé, faute d'avoir obtenu la cession de l'action de la communauté des créanciers (CO 757); en d'autres termes, ils estiment qu'il devait agir en réparation du dommage causé à la société.

D peut-il faire valoir un dommage indirect ?

Raisonnement : Si la société avait versé les primes à l'assurance maladie, elle n'aurait pas été condamnée à payer les indemnités journalières à l'assuré. La société subit

donc un dommage équivalent aux indemnités journalières (sous déduction des primes d'assurance maladie non versées).

Les conditions de CO 754 sont réalisées

- A+B sont organes au sens formel
- En ne transmettant pas les paiements à l'assurance maladie, ils violent CO 717 (devoir général de diligence) ainsi que les obligations résultant du droit de la sécurité sociale
- Ces violations sont fautives
- Elles causent un dommage à la société (voir ci-dessus)
- Le lien de causalité naturelle et adéquate est donné (si les paiements avaient été effectués, la société n'aurait pas dû payer ces indemnités)

Exercice de l'action

Comme la société était en faillite, CO 757 était applicable.

Dans un premier temps, l'action en réparation du dommage aurait pu être exercé par l'administration de la faillite. Comme l'administration de la faillite n'a pas exercé l'action, D aurait pu demander la cession de l'action. Ici, D n'a visiblement pas choisi ce chemin et il ne peut plus le prendre car la faillite est close (cf. Consid. 5.3.3.).

D peut-il faire valoir un dommage direct ?

Raisonnement : Ici, il ne fait aucun doute que C est victime d'un dommage qui le touche personnellement: il est le seul créancier qui ne reçoit pas les prestations d'assurance qui auraient dû lui revenir.

Les conditions de CO 754 sont réalisées :

- A+B sont organes au sens formel
- En ne transmettant pas les paiements à l'assurance maladie, ils commettent un détournement de retenues sur les salaires (art. 159 CP et art. 87 al. 3 LAVS)
- Ces violations sont fautives
- Elles causent un dommage au créancier (voir ci-dessus)
- Le lien de causalité naturelle et adéquate est donné (sans le détournement des retenues, le travailleur aurait reçu les indemnités journalières de l'assurance)

Exercice de l'action:

Le créancier peut agir.

Vu le concours d'actions, il faut se poser la question de savoir s'il peut se prévaloir d'un acte illicite, d'une *culpa in contrahendo* ou de la violation d'une norme du droit de la SA qui est destinée à protéger exclusivement les créanciers.

In casu, il y a violation de normes du droit commun (159 CP et 87 al. 3 LAVS) destinées à protéger spécifiquement les travailleurs; on est donc en présence d'un acte illicite au sens de CO 41. En conséquence, l'action est ouverte.